

rd. 107.974

TE

912

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

AREA DE DERECHO PENAL

BIBLIOTECA UCM



5306844384

ANALISIS DEL DELITO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

DONATIVO



BIBLIOTECA
DE DERECHO

"EXCLUIDO DE PRESTAMO"

TESIS DOCTORAL:

JOSE JOSE FABRA

MADRID, 1992

A MIS PADRES

Tesis Doctoral
realizada bajo la dirección
del Catedrático de Derecho Penal
el Profesor Dr. D. MANUEL COBO DEL ROSAL
que presenta al Licenciado
D. José José Fabra
para la obtención del grado de Doctor
en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCION

Movidos por el espíritu curioso e investigador del ser humano, observe aparte del debate doctrinal que en su día provocara QUINTANO RIPOLLES [¹] en cuanto a la conveniencia o no de penalizar el cheque en descubierto como un delito autónomo, que otros autores como QUINTERO OLIVARES [²]; RODRIGUEZ DEVESA [³]; BAJO FERNANDEZ [⁴]; MUÑOZ CONDE [⁵]; VIVES ANTON [⁶]; etc. [⁷], quienes siempre se han manifestado en contra del art. 563 bis-b, el cual se introdujo dentro del Código penal por la Ley 44/1971 de 15 de noviembre, tipificando una forma autónoma tan discutida figura delictiva, y sigue haciéndolo a pesar de las diversas Reformas que en dicho texto legal se han efectuado.

¹ A. Quintano Ripolles: "En torno al cheque sin provisión" en Revista de Derecho privado 1960, página 44. Así como en el "Tratado parte especial del Derecho penal" 1964; editorial Revista de Derecho Privado; pág. 787. Y "De nuevo sobre el cheque en descubierto" en Revista de Derecho privado 1964, pag. 83

² G. Quintero Olivares: "El nuevo delito de cheque en descubierto" (art. 563 bis-b); Revista Gnral. de Legsl. y Jurisprudencia 1972, separata.

³ J.M. Rodriguez Devesa: "Derecho Penal Español P.E."; editorial Dikynson; página 499.

⁴ M. Bajo Fernandez: "Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial"; editorial Civitas; página 409

⁵ F. Muñoz Conde: "Derecho penal P.E."; editorial Publicaciones Universitarias; páginas 252 y siguientes

⁶ T.S. Vives Antón: "Derecho Penal P.E."; editorial Tirant lo Blanch; pág. 978. Idem "La Reforma Penal de 1989; pág 189.

⁷ Se pueden citar con riesgo de olvidar a algunos a: A. Serrano Gómez en "El Costo del Delito y sus Víctimas en España" UNED, pág.180; E. Ruiz Vadillo en "El delito de cheque en descubierto en la práctica judicial", Revista Gnral. de Derecho, pág. 63; J. Llobell Muedra en "El delito de cheque en descubierto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo" Revista de Derecho Mercantil 1968, pags. 4 y siguientes

Ante tales críticas, y de ver los diferentes aumentos de la multa que en su penalidad se han efectuado, la inquietud me movió para comprobar el índice de criminalidad que existe en dicho delito, y observamos con asombro, que el incremento en los últimos tiempos por las causas del delito de cheque en descubierto ha sido espectacular, pasando de 6.339 en 1975, a 25.100 en 1985 por ejemplo, sin contar la gran cifra negra que existe en este delito, a causa de la "absurda" responsabilidad civil que tiene, lo cual provoca además un doble coste procesal, pues por una parte está la vía penal, y por otra la vía civil para recuperar el importe del cheque, lo cual es excepción a la regla general del art. 19 Cód. Penal.

En base a dichos datos, y a la promesa que un día hice de ser Doctor a causa de un problema que tuve con un cheque, empecé a analizar la tipicidad del art. 563 bis-b, en la cual encontré serias discrepancias con la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 2) en este tema, e incluso con la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985.

También observé por mi profesión de empleado de banca, que la apreciación rigurosa de los supuestos de ausencia de formas de culpabilidad, así como la aplicación de la forma culposa en dicho delito, a causa de un equivocado "deber de cuidado", que no pocas intimidaciones e injusticias provoca en la práctica bancaria de los libradores, que prefieren utilizar antes la letra de cambio, el pagaré o la tarjeta de crédito, que el propio cheque,

por la amenaza penal que les lleva implícito.

Profundizando en el estudio del art. 563 bis-b, nos dimos cuenta de dos cuestiones aun más graves, la primera de la "artificialidad" del bien jurídico con que se justifica dicho delito; y la segunda "la inconstitucionalidad" de dicho artículo.

Efectivamente, ni en la doctrina ni en la propia sociedad, no existe un acuerdo sobre lo que realmente se protege con el art. 563 bis-b, a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales en afirmar que es la seguridad del tráfico mercantil.

Pero es que aunque ello sea así, vemos que dicha seguridad del tráfico igualmente se protege a través del patrimonio individual o de la fe pública. En consecuencia y a nuestro juicio, la cláusula de remisión del párrafo último y la excusa absolutoria del art. 563 bis-b, es como si fueran unas cláusulas de autodestrucción del propio artículo, al mostrarse superflua e interesada su creación, puesto que el hecho de emitirse un cheque en descubierto, tanto podrá encuadrarse, según el Cód. penal, como una estafa, una falsedad, o incluso una apropiación indebida, quedando dicho art. 563 bis-b para los casos "etéreos" de la seguridad del tráfico.

También observamos que el art. 563 bis-b, no encaja muy bien con la Constitución de 1.978, ya que el mismo rompe con los principios de proporcionalidad, intervención mínima, igualdad, presunción de inocencia, seguridad jurídica y en especial el de

jerarquía normativa, pues España está acogida desde el 13-4-77 al Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del 19-12-66, el cual prohíbe "la prisión por deudas".

Por otra parte, observamos que en la mayoría de las Naciones más poderosas económicamente del mundo como: Inglaterra, Alemania, Suiza, Francia, Japón y Estados Unidos en parte, no utilizan una protección penal autónoma para el delito del cheque en descubierto.

Por todo ello me lance a la apasionante aventura de elaborar esta tesis, no exento de mil problemas, pero finalmente concluida. La cual consta de nueve capítulos cada uno de los cuales representa un análisis de un aspecto concreto del delito del cheque en descubierto, de los cuales al final he sacado unas últimas conclusiones, las cuales han sido la base para efectuar una propuesta de regulación alternativa sobre este apasionante tema.

Mi agradeciendo eterno al catedrático de Derecho penal el Dr. D. MANUEL COBO DEL ROSAL y sus colaboradores, quien tuvo la amabilidad de darme esta oportunidad para que mi tesis fue presentada por primera vez ante Uds.

CAPITULO PRIMERO

CUESTIONES PRELIMINARES

CUESTIONES PRELIMINARES

De entre las figuras penales que se contienen en la parte especial del Derecho penal, pocos delitos como el de la presente tesis, han tenido una polémica doctrinal tan vivaz desde su aparición, tanto a favor de su permanencia dentro del Código Penal (aunque modificado en varias ocasiones), como en contra de la misma [1].

También es de resaltar la contradicción de criterios doctrinales al tratar algunos elementos que componen los caracteres de este delito, como por ejemplo su naturaleza jurídica.

Así como la existencia de disparidad de criterios, entre la Jurisprudencia y la letra de la Ley penal, en relación con alguno de sus aspectos regulados, como por ejemplo la postdatación.

Si a ello unimos, la disociación existente entre la ley Mercantil y la ley Penal al tratar el tema, se comprenderá fácilmente el porque del presente trabajo. Máxime al haberse reavivado la polémica doctrinal sobre el tema, con el nuevo proyecto de Código penal que este Gobierno se ha comprometido a realizar.

Pero antes de lanzarme a la apasionante aventura que es la investigación, y de profundizar desde los principios fundamentales del Derecho penal, hacia el estudio detallado y dogmático del artículo 563 bis-b, a través de los capítulos que contendrán el desarrollo de su "juicio de antijuricidad y culpabilidad", al igual que otros aspectos doctrinales, quisiera exponer en primer lugar, la Metodología empleada, así como que principios juegan en el desarrollo del Derecho penal.

Para en los próximos capítulos situar al lector, dentro del contexto elemental y básico del delito que vamos a analizar, y exponer a continuación, el Bien Jurídico que se pretende proteger en el mismo. Aun entendiendo que tal concepto jurídico forma parte de la Antijuricidad, lo he preferido adelantar para una mejor visión del tema.

El objetivo de la presente tesis, no es otro que el estudio del delito del Cheque en Descubierto desde diversos ángulos, a fin de obtener un juicio de valor sobre la conveniencia o no, de efectuar una regulación alternativa o supresión del mismo dentro del Código Penal.

¹ En la Propuesta del Anteproyecto de Ley de 1983, se suprimió este delito (tanto como delito económico, como contra el patrimonio) por considerarlo innecesario.

1) METODO DE INVESTIGACION

En los primeros trabajos de investigación, es conveniente **tener a alguien** que nos guie y oriente por los siguientes motivos:

a) Hacer una elección adecuada de la materia y delimitación correcta del campo de investigación.

b) Asesoramiento técnico del tema a tratar, así como un control adecuado del mismo.

c) Orientación bibliográfica elitista.

d) Indicación de las fuentes correctas de datos.

e) La experiencia es un grado y una discusión positiva abre a nuevas ideas.

En cualquier caso, ya que no siempre se dispone de la persona adecuada, se deben de tener en cuenta dos grupos de factores que influirán decisivamente en cualquier trabajo científico:

a) **Factores subjetivos:** como vocación, aptitudes, necesidades profesionales, proyectos de futuro, motivos íntimos, promesas, etc.

b) **Factores objetivos:** como bibliotecas especializadas, posibilidades de documentación (datos criminológicos, datos estadísticos), posibilidades de examen de delinquentes, lugar adecuado de trabajo, medios, tiempo, etc.

Según HUASCAR TABORGA, dichos factores se resumen en la siguiente fórmula, recogida por el investigador JORGE WITKER:

INTERES	+	CAPACIDAD	+	POSIBILIDADES GNOSEOLICAS
-Espontáneo		-Para estudiar el asunto		-Variedad de fuentes y posibilidad de acceso
-Motivos especialización		-Conocimientos sobre la materia		-Riqueza temática
-Razones de trabajo				=ELECCION ADECUADA

Según señala WITKER [2], todo trabajo científico debe de reunir **cuatro características básicas**:

1) **Unidad** (coherencia armónica entre la hipótesis de trabajo, la demostración y las conclusiones).

2) **Demostración** (comprobación empírica de las conjeturas implícitas en las hipótesis).

3) **Profundidad** (no caer en generalidades, sino penetrar en la esencia del conocimiento).

4) **Producto científico nuevo** (alcanzar cierta originalidad, que en el estudio del derecho, no es una tarea fácil, pero con unas técnicas de investigación coherentes, se puede lograr un nuevo "enfoque", desde un punto de vista diferente).

No obstante hay que tener en cuenta, que **los mayores enemigos del investigador son**:

- La Desorientación)
-) La falta de "entusiasmo"
- La Desmoralización)

Para combatir éstos enemigos, se tiene que partir de una buena base personal [3], que aplicaremos en esta ocasión, a un trabajo de investigación en concreto.

Para WITKER, ante cualquier investigación jurídica, debemos de proceder a **efectuar un fondeo general de la bibliografía** jurídica existente, en el área o áreas seleccionadas, con el objetivo de:

- 1) Lograr una visión global de la materia.
- 2) Relacionar o inventariar los temas que la conforman.
- 3) Establecer la interdependencia de temas.
- 4) Seleccionar los temas o subtemas, que inicialmente integrarán nuestro trabajo de investigación.

² Jorge Witker: "Como elaborar una Tesis en Derecho", editorial Civitas, página 22 y 45

³ Como dijo en una ocasión un buen Superior mio:
"Ante la realización de cualquier proyecto, sólo existe un método eficaz: 1) Tener tesón (o sea te); 2) Planificarse muy bien nuestro tiempo y 3) No desanimarse nunca".

Dicho autor afirma: "En toda hipótesis jurídica debe de haber una base objetiva que emane de la legislación positiva de una institución, de un principio o base conceptual doctrinaria, aceptado por la ciencia jurídica y de cuya premisa se hacen desprender suposiciones o conjeturas, que precisamente implican el camino a probar a través de la tesis, la cual necesariamente debe de llevar a un producto jurídico nuevo (interpretativo, lógico-formal o empírico), cuyo esquema se estructura en forma de conclusiones.

En otras palabras, las hipótesis no se obtienen de simples afirmaciones o enunciados, que caprichosamente formule el investigador. Por el contrario, las hipótesis que emergen de un planteamiento de un problema jurídico concreto, se convierten en la guía insustituible de todo trabajo científico; determinando las técnicas de investigación que servirán para comprobar o descartar las suposiciones que aunque sean tales, tienen sus fundamentos en datos científicos objetivos, logrados por otras investigaciones o por otros investigadores".

En base a esto, el investigador tendrá que elaborar un esquema o índice general, aunque será provisional (*), que le servirá de marco y de guía durante todo su trabajo de investigación. Naturalmente que antes de ello, el investigador habrá tenido que recibir una preparación base y adecuada sobre la materia en la que se proponga profundizar.

Como dijo WELZEL: "Sólo el conocimiento del Derecho en su conexión interna, destaca su aplicación sobre el azar y la arbitrariedad".

Lo cual nos trae a colación la clasificación de los trabajos según su forma. Para DAVID ROMANO [2], los trabajos de investigación pueden clasificarse en:

- 1) Trabajos de síntesis o de exposición.
- 2) Trabajos de análisis o de investigación.

Se definen los **trabajos de síntesis**, como aquellos que dan una visión de conjunto del tema de estudio, buscando interrelacionar los diversos puntos de vista, para intentar ofrecer una panorámica inteligente y en cierto grado original en

* Ya que durante el transcurso del trabajo de investigación, es probable que vaya obteniendo esquemas más perfilados, o incluya temas no previstos en un principio.

² David Romano: "Elementos y Técnica del Trabajo Científico", editorial Reide, página 67

la forma de tratar la materia, en base a una bibliografía más o menos seleccionada (cuando más y de mayor calidad, mejor), pero no utilizando materiales de primera mano.

Por el contrario, los trabajos de análisis, suelen profundizar un problema. en particular, se caracterizan por utilizar materiales de primera mano; siendo el trabajo más especializado que los del tipo anterior, es decir, su autor ya es una autoridad en la materia que trata, y su aportación al mundo científico, es mucho más novedosa.

En mi opinión, la clasificación de ROMANO me parece buena para efectos expositivos y didácticos, pero entiendo que cualquier trabajo "serio" es un trabajo de investigación, si reúne dos condiciones mínimas:

- 1) Originalidad
- 2) Demostrabilidad

Es más, creo que cualquier trabajo de investigación tiene que ser mixto, es decir, tiene que tener necesariamente una parte de síntesis y otra de análisis, si se quiere ser algo didáctico, ya que para aportar una conclusión o teoría nueva, y ser demostrable, se tiene que haber precedido de un estudio en profundidad de lo ya existente.

Otra cosa es como se le clasifique posteriormente, sea manual, monografía, ensayo, texto, etc., en base a una mayor o menor tendencia didáctica.

Por otra parte comparto los postulados de UMBERTO ECO, en cuanto que una investigación es "científica", si cumple los siguientes requisitos:

- a) Decir cosas que todavía no se han dicho, o bien revisar con óptica diferente, las cosas que ya han sido dichas.
- b) Debe de suministrar elementos para su verificación.
- c) Tiene que ser útil a los demás.
- d) Versar sobre un objeto reconocible.

Sin embargo, no comparto su criterio por el cual entiende que el nuevo investigador: "cuando más restringe el campo de la investigación, mejor se trabaja y se va más seguro". Entiendo que el estrechar límites viene de la especialización, y ésta ha de venir del estudio y de los años de experiencia en la dedicación en un campo de trabajo concreto.

Otra cuestión es, que con el principio de U.ECO [6], lo que se pretenda es proteger el discurso del nuevo investigador, al hablar de cosas muy concretas y que solamente entiendan unos pocos. En tal caso se pueden correr **dos peligros**:

- 1) Que no se cumplan los requisitos antes apuntados (que deben caracterizar a todo trabajo "serio" de investigación)
- 2) De que el dogmático y más si es inexperto, se disgregue de la realidad con estudios puramente teóricos.

El polo opuesto de la cuestión es, el pretender hacer un trabajo de investigación que pretenda abarcarlo todo, similar a una enciclopedia. En este otro caso, lo que si le podría ocurrir al investigador inexperto, es que perdiese profundidad, y en consecuencia autoridad en la materia de estudio.

Buscar el **punto de equilibrio**, no siempre resulta una tarea fácil, de ahí la necesidad de tener un "tutor" en los primeros trabajos de investigación, o en cualquier caso, observar siempre con gran detenimiento, como se han ejecutado los trabajos similares al que se pretende realizar.

Con WITKER [7] podemos afirmar, que existen dos reglas de oro, para realizar con cierto éxito los trabajos de investigación:

- 1) **Fondo** (unidad, demostración, profundidad, novedad)
- 2) **Forma** (técnico, conciso, sencillo, objetivos claros)

Por mi parte sólo añadir, que para escribir sobre algo hay que reflexionar mucho sobre el tema seleccionado, en base a unos conocimientos amplios de la materia, y tener la suficiente habilidad para saberlo expresar de la forma lo más adecuada.

Como **instrumentos de trabajo**, se puede emplear un ordenador personal PC, con su tratamiento de textos, fichas, etc [8], o el simple block de hojas cambiables y el clásico lápiz o bolígrafo, pero lo importante es ir escribiendo o modificando la exposición coherente de nuestros pensamientos, teorías o conclusiones finales.

6 Umberto Eco: "Como se hace una Tesis", editorial Gedisa, página 32

7 Jorge Witker: "Como elaborar una Tesis en Derecho", editorial Civitas, página 29

8 Ver sobre la materia los libros de los autores mencionados

1) Método para estudios de Derecho Penal

Conocer el Derecho Penal, según indica el profesor SAINZ CANTERO, no sólo es conocer y entender sus disposiciones, sino que además se ha de elaborar y hacerlas sistema.

Lo cual lleva a la distinción de entre Derecho Penal [9] y

* Según MEIJER, el que empleó por primera vez la denominación de "Derecho Penal" fue REGNERUS EGELHARD, que era discípulo del filósofo alemán Cristian Wolf, en el año 1756.

Siendo VON LISTZ, el primero que propuso como fórmula de definición, el destacar los aspectos formales del contenido, diciendo: "Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, y a la pena como legítima consecuencia".

La mayoría de autores posteriores han seguido esta línea. Por ejemplo JESCHECK (1970) lo definió como: "Conjunto de normas que determinan que actuaciones contrarias al orden social constituyen delito, y amenazan con la pena como su consecuencia jurídica".

Sin embargo, existe otra tendencia al fijar las fórmulas definitorias, y es el de resaltar el contenido "sustancial" del concepto (en vez del formal).

Entre éstos autores destacan STAMPA BRAUN que en referencia al Derecho Penal dice: "El ordenamiento jurídico autónomo, perteneciente al Derecho público, que tutela determinados intereses fundamentales del individuo y de la sociedad, mediante la aplicación de una pena o de una medida de seguridad a las conductas que contra aquellos atenten".

O la definición de CEREZO MIR (1976): "El Derecho Penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad".

RODRIGUEZ DEVESEA nos decía, que desde finales del siglo pasado, se observa la aparición de un movimiento que viene a añadir a tal concepto, ciertas "medidas de seguridad", tanto a nivel retributivo, como a nivel de prevención. Por eso ha de definirse el Derecho Penal, según dicho autor, como: "El conjunto de normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventivas o reparatorias que son su consecuencia".

En ésta misma línea tenemos la definición del SAINZ CANTERO: "El Derecho Penal es el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fundamentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hechos de una determinada intensidad".

Como puede observarse, en cualquier definición se parte de **tres premisas básicas**: 1) el delito; 2) la potestad de castigar por el Estado; y 3) la pena.

Por otra parte, hay algunos pocos autores que rechazan la denominación de "Criminal o Penal" y piden un nombre nuevo para esta ciencia, entre ellos tenemos a LABORDE, que llama al Derecho Penal, "Derecho Determinador" y al derecho Procesal Penal "Derecho Sancionador"; DURADU MUNIERO lo define como "Derecho protector de los criminales"; THOMSEN en: "Derecho de la lucha contra el delito", entre otros.

En cambio otros autores sostienen la existencia de una "pluralidad de derechos penales", independientes del criminal, como podrían ser el derecho penal económico (BAJU FERNANDEZ); el derecho comercial (DEL ROSAL); bursátil (FULD); laboral (LOYZAGA); tributario (CANDELA); militar (DEVESA); administrativo (ENTERRIA), etc.

Ciencia del Derecho Penal; entendiendo la mayoría de la doctrina (STAMPA, DEL ROSAL, DEVESA, MUÑOZ, etc.) a ésta última, como la disciplina que tiene por objeto el estudio y conocimiento del ordenamiento penal positivo.

Para el estudio de la Ciencia del Derecho positivo, existe el convencimiento mayoritario, de que puede constar de tres fases, las cuales pueden resumirse en:

Sistemática.— Iniciada por una recopilación de datos, para por medio de un sistema o técnica, coordinar los principios extraídos del ordenamiento jurídico. El dogmático debe de emplear la lógica, que según MAGNI debe de ser una lógica matemática, para obtener la certeza absoluta.

Interpretativa.— Mediante la cual se descubrirá el verdadero sentido y alcance de las normas del derecho, en relación con su contexto.

Una investigación jurídico-teórica de esta naturaleza, concibe el problema desde una perspectiva exclusivamente formalista, soliendo desestimar cualquier elemento real que se relacione con la norma jurídica o la institución en cuestión [10].

Situación fuertemente crítica por los criminólogos, pues de

¹⁰ Sirva como ejemplo, las palabras de QUINTANO RIFOLLES, al referirse a ello en un estudio sobre el Delincuente: "Este solo es materia del Derecho penal, en tanto que lo es como sujeto jurídico (autor, complice, encubridor) y no en su condición de ser humano.

persistir esta tendencia actual, se ahondaría aun más en la separación existente entre la teoría y la práctica del Derecho Penal.

Crítica.— Mediante el análisis y la síntesis. Según el profesor SAINZ CANTERO, ésta tarea se intentó sacarla del campo de estudio del Derecho, aludiendo que a lo más que debe llegar el estudio, es a poner de manifiesto las contradicciones técnicas existentes en el ordenamiento, pero no a criticar su significado.

Personalmente comparto la opinión de dicho profesor, en el sentido de que el estudioso del derecho, debe poner de manifiesto las separaciones, desfases u disgregaciones de la norma con el mundo real, en base a sus investigaciones y razonamientos. Los cuales en su última finalidad es, la de ser útiles a la sociedad en general y no a unos pocos teóricos.

La técnica de investigación para la Ciencia del Derecho positivo, es fundamentalmente legalista, formalista o documental; cuyas fuentes del conocimiento, según WITKER, serán las llamadas "directas", entre ellas, existen tres que se utilizan en todo estudio jurídico - dogmático y son:

a) **Los Códigos.**— Cuyo principal producto son las leyes. Estas se interpretarán según los criterios generales del art 3, 1 del cod. Civil; el ámbito temporal del art 2,1 y 2,3 del cod. Civil; el ámbito espacial del art 8 del cod. Civil y art 333-335 de LOPJ; así como el principio de legalidad del art 9,3 de la Constitución; las fuentes del ordenamiento jurídico del art 1 del cod. Civil; la analogía art 4,1 cod. Civil, etc.

Así mismo hay que tener en cuenta los decretos-leyes; los decretos legislativos; los reglamentos; las circulares y demás normas interiores. Así como las normas de Derecho Comunitario.

b) **La Jurisprudencia.**— El análisis de la misma, además de esclarecernos en materia de interpretación, nos permitirá la comprobación del grado de vinculación a la ley, por parte de los Tribunales. Observando con ello, la uniformidad de criterios que puedan darse o no en los mismos. Su formación en España, sólo corresponde al Tribunal Supremo. (En Penal la Sala segunda)

c) **La Doctrina.**— Los estudios de los juristas acerca del derecho, ya sea para sistematizar sus preceptos, interpretar sus normas, señalar las reglas de aplicación o criticar sus lagunas, etc., nos proporcionará, un valiosísimo medio de apoyo para los trabajos de investigación, ya que partiendo de lo ya escrito, se puede avanzar en el desarrollo de los conocimientos.

Su influencia es notable, tanto a los jueces, como a los legisladores. Se discute si constituye una fuente del derecho o

no. La escuela ecléctica, sostiene que la doctrina no tiene fuerza obligatoria cuando no está recogida en ningún texto legal, pero si la tiene, cuando la ley faculta a los jueces para referirse a las opiniones de los tratadistas.

Sus máximos exponentes son los libros, las separatas, los folletos, los artículos, etc.

A parte de las tres fuentes directas antes mencionadas, también están como **otros medios** directos: los repertorios, la legislación comparada, las revistas especializadas, etc.

2 Método para estudios de Criminología

Como indica el profesor SAINZ CANTERO, la Criminología [11] aplicará los métodos de investigación de las disciplinas que la integrarán: Antropología, Psicología, Sociología, etc.; de aquí que sus dos instrumentos básicos de trabajo sean: "la observación individual y la estadística [12]".

Postura igualmente mantenida por RODRIGUEZ DEVEZA, afirmando que la Criminología, como ciencia empírica que es, ha de basarse en la "observación" y, cuando sea posible, en la "experimentación", así como otras ciencias de la información y los "métodos estadísticos"; distinguiendo las estadísticas

¹¹ Cabe destacar la definición de SEELING: "La Criminología tiene por objeto el estudio de las formas reales de comisión del delito y de la lucha contra el mismo"

Para KAISER la Criminología se sostiene en tres conceptos básicos: "el delito, el delincuente y el control del delito".

Para RODRIGUEZ DEVEZA: "La Criminología no se ocupa de las normas jurídicas, sino de los hechos que subyacen a esas normas. Es una ciencia empírica".

Sin embargo para SAINZ CANTERO, la Criminología puede definirse como: "La disciplina científica que tiene por objeto el estudio de los factores del delito, de las conductas desviadas relacionadas con él, del delincuente y de su víctima". Como puede apreciarse, éste autor, añade una nueva rama al concepto, la Victimología.

¹² Aunque ésta última, como dice el profesor SERRANO GOMEZ "Deja mucho que desear en España". Más si son de organismos oficiales; además ofrecen el peligro de ser manipuladas por fines políticos, intereses fácticos, desidia, etc. . Las cifras numéricas en si, son poco ilustrativas si no las utilizamos en comparación con otras magnitudes.

policiales (de los delitos que llegan a conocimiento de la policía), de las judiciales (de condenas) y de las penitenciarias (de presos y penados). Para dicho autor, el pretender realizar una "estadística criminal internacional" se tropieza con dificultades insuperables.

Un ejemplo de este tipo de estudios es el de CHRISTIAN DEBUYST, que para la investigación de un grupo de delincuentes jóvenes, se basó en la observación y seguimiento de los mismos durante cinco años o más. Durante los cuales además de los informes facilitados por las entidades locales y judiciales, empleó las entrevistas personales, los test de inteligencia (Beta y T.A.T.) y otras técnicas similares de psicodiagnóstico¹³, las encuestas sociales; realizando además, investigaciones "paralelas" entre un grupo de delincuentes menos graves y de muchachos con características similares, pero no delincuentes (grupos de control).

Según WITKER, las fuentes de que nos valdremos para un trabajo de ésta naturaleza (jurídico-social), serán las "indirectas o materiales" [14], o sea, de los "factores y elementos" que determinan el contenido de las normas jurídicas, para tratar de probar o descartar las conjeturas propuestas.

Esto se conseguirá a través de profundizar en un área de estudio, en base a los "medios de documentación" (libros, revistas, folletos, registros, estadísticas, etc.) y de "las técnicas de campo" (como observaciones -participantes o no; encuestas -orales o escritas; entrevistas -individuales o colectivas-; etc.).

Para TOBORGA el estudio de las fuentes tiene dos aspectos:

-El intelectual: que comprende una serie de operaciones de asimilación y comprensión eficaz.

-El técnico, que a su vez abarca:

a) Procedimientos para una lectura rápida;

b) Procedimientos de registro y ordenación de datos, a fin de retener la información localizada en varias fuentes para la redacción final.

¹³ véase a:

-ANDERSON y ANDERSON en Técnicas Proyectivas del Diagnóstico Psicológico.

-ROCIO FDEZ. BALLESTEROS en Psicodiagnóstico (UNED)

¹⁴ Witker, idem, pág. 31

Otras fuentes de información para la investigación criminológica, pueden ser: las memorias de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias; las memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo; las memorias del Consejo General del Poder Judicial; de la Dirección General de la Seguridad; de los Médicos forenses, etc.

También es aconsejable el recurrir a la prensa especializada; las causas de los crímenes célebres; los grandes errores judiciales; o cualquier otra documentación que nos pueda ilustrar (como anuarios, cuadernos, revistas, etc.) sobre la materia del trabajo a realizar.

3) Conclusiones

Consultados a varios autores sobre metodología de la investigación, he llegado a la conclusión de que todos se basan en el mismo esquema básico de trabajo:

- 1) Elegir un tema concreto de la investigación.
- 2) Buscar la bibliografía adecuada al mismo.
- 3) Desarrollar un plan de trabajo (documentarse, esquema de trabajo provisional, efectuar las comparaciones empíricas que requiera la materia o tema, recogida, fichaje y ordenación de la información)
- 4) Redacción (estilo, releer, corregir, fijar las conclusiones).

Si bien es en la tercera fase, cuando cada autor más aporta sus propias y particulares teorías.

Todo lo anterior lo que en definitiva nos viene a indicar, es que cualquier técnica de investigación es buena si el resultado es bueno, es decir, independientemente del ¿Cómo? lo más importante es el ¿Que?. Aunque lo primero será el camino para lograr lo segundo.

Por ello quisiera aportar mi propia teoría sobre el particular:

- 1) Llegar a ser cautivados por una materia o tema al que queramos dedicar nuestro tiempo.
- 2) Ante cualquier proyecto es fundamental el conocer que es a lo que vamos a enfrentarnos, para ello tendremos que:
 - a) Investigar otros proyectos realizados similares al

que nosotros pretendemos realizar, y aprender de sus experiencias

b) Analizar nuestras capacidades, medios y posibilidades de éxito con opiniones autorizadas.

3) Saber que una cosa son las teorías de los demás, y otra distinta es nuestra propia práctica, de la cual sacaremos nuestras propias teorías.

4) Cualquier trabajo de investigación estará limitado en función de las fuentes de información de que dispongamos.

5) Seleccionar la información obtenida en función del proyecto de investigación que queramos realizar.

6) Rectificar posibles planteamientos erróneos, perfeccionando el proyecto marcado.

7) Buscar éxitos parciales a fin de no desmoralizarse, por medio de alcanzar semi-metas (capítulos, secciones, etc.)

8) Para escribir sobre algo serio hay que saber lo que se dice, ya que el objetivo de todo trabajo de investigación es el de avanzar en el conocimiento de la disciplina a que esté dedicado.

9) Dar a leer nuestros trabajos a personas autorizadas en la materia, a fin de conseguir unas críticas constructivas.

10) Si es preciso reescribir sobre lo ya escrito, ampliar.

Para finalizar esta introducción, entiendo que para un adecuado desarrollo de las normas del Derecho positivo, es necesaria una mayor colaboración entre penalistas y criminólogos en la elaboración de las mismas, ya que el Derecho Penal y la Criminología, aun siendo ciencias autónomas se complementan entre ellas, en base a que uno de los conceptos básicos de la Criminología como el delito, es suministrado por el propio Derecho Penal.

Por otra parte, el Legislador cuando ha de tipificar una conducta como delictiva, en base a la protección de un bien jurídico determinado, no debería de olvidarse del impacto social que la misma inevitablemente ha de causar en una sociedad, y en consecuencia, justar "si será peor el remedio que la enfermedad"; así como observar a posteriori la evolución sociológica de la misma.

Labor que por su complejidad es ardua y deficit, aunque no imposible si se trabajara en equipo.

Por todo ello, para concluir esta introducción a la metodología de la investigación citaré una frase de SEELING:

"Toda investigación científica, procura el esclarecimiento de las causas de los fenómenos, pero puesto que ningún proceso causal está aislado en si mismo, es preciso señalar un límite más o menos arbitrario".

II) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL ART. 563 BIS-B

Dentro de las cuestiones preliminares, creo que también es de sumo interés el conocer que principios constitucionales básicos afectan al delito que será materia de nuestro estudio, aunque dichos principios y razonamientos puedan ser aplicables a otros delitos que se contienen dentro del Código Penal.

La importancia de los principios constitucionales cobraron todo su relieve con la aprobación de la Constitución de 1.978, al proclamar en su art. 1 que: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" [15].

En efecto, al considerarse España en un Estado social y democrático de Derecho, surge un vivo interés sobre estas cuestiones [16], por una parte el querer potenciar al máximo el antiguo principio de "legalidad" [17], y por otro, en relación al Derecho penal, el limitar adecuadamente el poder punitivo del Estado, como garantía individual de los ciudadanos frente al

¹⁵ Según Gregorio Peces-Barba (Los Valores Superiores, pág. 12) "La referencia a los valores superiores no se encuentra en ningún otro texto constitucional.. Incluso la estructura de éste art. 1 carece de precedente en el constitucionalismo comparado".

¹⁶ Como indica Gregorio Peces-Barba (idem, pág. 59) "Hoy el Estado Social de Derecho, como corrección del Estado liberal, supone un mayor intervencionismo estatal, que asume a través del Derecho, una función proporcional para crear condiciones de igualdad y de libertad, que el individuo no puede realizar con su esfuerzo aislado.."

¹⁷ En 1801 Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, padre del derecho penal, ya proclamó estas máximas: "nulla poena sine lege" (no hay pena sin ley); "nulla poena sine crimene" (no hay pena sin crimen); "nullum crimen sine poena legalis" (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal).

arbitrariarismo del pasado, lo que se denomina "ius puniendi".

Aunque en la realidad, todos estos esfuerzos pueden verse frustrados si el legislador no observa una **regla básica** en la elaboración de las leyes, y es: "prohibir la promulgación leyes penales de contenido indeterminado y de constitucionalidad dudosa", como puede ser por ejemplo el art. 563 bis-b.

Veamos pues, cada una de estas dos caras que forman una misma moneda como es la justicia, y que son: el principio de legalidad y el ius puniendi.

1) El Principio de Legalidad

Para RODRIGUEZ DEVESEA [18], el principio de legalidad en un **sentido estricto** significa, que la única fuente creadora de delitos y penas es la ley [19], es decir, según dicho autor se prohíbe a la costumbre y a la analogía como fuentes creadoras de derecho penal.

Según la sentencia del Tribunal Constitucional del 27-6-84, el principio de legalidad comporta por lo menos **tres exigencias**: la existencia de una ley previa (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho (lex previa); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa). Lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide como un límite de la actividad judicial, que los Jueces se conviertan en Legisladores. [20]

Lo mismo se podría decir de la jurisprudencia, lo cual se corrobora con el art. 1,1 del Cód. Penal [21], el art. 4,2 de

¹⁸ José María Rodríguez Devesa: "Derecho Penal Español (PG)", página 170, séptima edición.

¹⁹ En el mismo sentido se expresaba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del 10-12-1948 "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de aplicación del delito".

²⁰ Código Penal, edición 1989 de COLEX, página 14

²¹ "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

Cod. Civil [22] y S.T.C. 9-7-84.

En consecuencia, se puede afirmar con BUSTOS RAMIREZ [23], que el principio de legalidad se fundamenta por una parte por el imperio de la ley, y por otro, por la división de poderes de un Estado democrático de derecho.

Constitucionalmente el principio de legalidad se encuentra reconocido en el art 9,1, y plasmado en material penal en el art. 25,1 de nuestra Ley suprema del 1.978, al decir este último: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Por ello la mayoría de la doctrina entiende, que el contenido del principio de legalidad **esta formado por las siguientes garantías:** a) criminal, por la cual no hay delito sin ley (nullum crimen sine lege); b) penal, igualmente no hay pena sin ley (nulla poena sine lege); c) jurisdiccional, no hay pena sin juicio legal (nulla poena sine legali iudicio); y finalmente d) la garantía de ejecución, por la cual no puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la Ley. En términos parecidos se expresó la S.T.C. 18-5-91.

En nuestro derecho positivo, dichas garantías jurídicas se encuentran plasmados en los siguientes artículos del Cód. penal:

-Art. 1 (garantía criminal) "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

Lo que significa la proclamación formal de la soberanía de la ley, como única fuente en lo que respecta al Derecho penal, según sentencia del Tribunal Constitucional del 3-5-85.

-Art. 23 (garantía penal) "No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración". [24]

Dicha garantía se traduce en una doble dirección, por una

²² "Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas".

²³ Juan Bustos Ramirez: "Manual de Derecho Penal" PG., editorial Ariel, página 60

²⁴ Ver en igual sentido arts. 25 y 81 C.E.; 1 y 2 C.P.; 2,3 C.C.; 1, 2, 80 y 81 L.E.Cr.

parte en la predeterminación de la pena, y por otra, en la irretroactividad de la misma. Por consiguiente, los tribunales no podrán bajo ningún aspecto aplicar sanciones propias de otros ordenamientos ajenos al penal, como pueden ser, los de naturaleza civil o administrativa, según sentencia 18-1-82.

-Art. 80 (garantía jurisdiccional) "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme". [25]

Dicha garantía se encuentra proclamada en el art. 24 y 117,3 de la Constitución. Así mismo queda establecido en el art. 1 de la L.E.Cr. al decir: "No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente".

-Art. 81 (garantía de ejecución) "Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamento, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". [26]

Dicha garantía se entiende que sólo abarca a la penas privativas de libertad [27]

Dentro del principio de legalidad, existen otros principios constitucionales cuyo contenido ayudan a configurarlo, como pueden ser los principios de seguridad jurídica; el de jerarquía normativa; y el "ne bis in idem", los cuales veremos a continuación.

a) La seguridad jurídica. Según indica GREGORIO PECES-BARBA [28] la Constitución cumple tres funciones: la de legitimación, la de justicia y la de seguridad. Esta última, la función de seguridad, tiene más que ver con la forma del Derecho que en el Derecho mismo.

La claridad y la taxatividad, o sea la determinación, son

²⁵ El concepto de sentencia firme viene definido por el art. 245,3 L.O.P.J.

²⁶ En igual sentido los art. 24 y 25,2 de la C.E. que configuran la ejecución de las penas en el marco de los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva y legalidad. Idem art. 990 L.E. Cr. (en Código Penal de Colex)

²⁷ Santiago Mir Puig: "Derecho Penal" PG; FPU; pág. 91

²⁸ Gregorio Peces-Barba Martínez, idem, página 66

condiciones "sine quae nom" para la seguridad jurídica, y en consecuencia para el principio de legalidad [29]. Por ella se establecen las reglas del juego, por las cuales los operadores jurídicos conocen concretamente sus competencias y los ciudadanos saben a que atenerse.

Imaginemos el caos jurídico que se puede producir, en el supuesto de un delito como el art. 563 bis-b, que por su indeterminación existe discrepancia de valoraciones entre el espíritu de la ley (el Legislador) y el intérprete o aplicador de la misma (la Magistratura); además de confundirse la división de poderes del Estado Democrático de Derecho, el ciudadano como último destinatario de la ley, no sabrá a que atenerse realmente.

La seguridad jurídica como principio constitucional, se encuentra recogido en el artículo 9,3 de la Constitución, en relación con el art. 81: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.."

En consecuencia, todas las leyes penales que impliquen la privación de algún derecho fundamental, como la falta de libertad, la libertad de expresión, la libertad de asociación o reunión, etc., se hallan sujetas por mandato constitucional a la reserva de Ley Orgánica [30].

Cosa que no se cumplía con la antigua Ley 44/1971 del 15 de noviembre, donde se mantenía la vigencia del art. 563 bis-o del delito de cheque en descubierto, cuestión que fue subsanada con las reformas posteriores en L.O. 8/83 y L.O. 3/89.

b) La jerarquía normativa. Indudablemente que dentro del principio de legalidad ha de existir la jerarquía normativa, pues en caso contrario se descalabraría todo el sistema. Una norma de rango inferior no puede contradecir a otra de rango superior.

En este caso las normas superiores son la Constitución de 1978 y los Tratados Internacionales legalmente establecidos donde España forma parte [31]. A partir de ahí, todo el ordenamiento jurídico español debe desarrollarse en base a sus principios informadores contenidos en las mismas.

29 Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón: "Derecho Penal" P.G., editorial Tirant lo Blanch (ed. 1987); pág. 53

30 Manuel Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón, ídem, pág. 55

31 Art. 96,1 de la Const.: "Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno".

Como apunta VIVES ANTON [32], la prisión por deudas que se contiene implícitamente en el art. 563 bis-b, resulta "inadecuado, innecesario y desproporcionado", a la luz de los nuevos principios inspiradores de la Constitución de 1.978, más aún, según dicho autor, la penalización del cheque en descubierta contradice el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York del 19 de diciembre de 1.966, ratificado por España el 27 de abril de 1.977 (B.O.E. 30-4-77), que dice: "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

Y que duda cabe, que a pesar del texto literal del art. 563 bis-b, 1 que dice: "El que librare con cualquier finalidad..". Lo esencial en la emisión de un cheque, es el pago de una deuda contractual y subyacente. [33]

Dichos principios constitucionales se encuentran contemplados en el art. 9,1 de la Constitución al decir: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

c) El principio "ne bis in idem". Dicho principio tiene diferentes aceptaciones, aunque para la mayoría de la doctrina tiene como más importantes dos significados.

Como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [34]: "De una parte, es un principio **material** [35], según el cual nadie debe de ser castigado dos veces por la misma infracción, y de otra, es un principio **procesal** [36], en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos".

Dicho principio se encuentra reconocido tácitamente en el art. 25,1 de la Constitución, al hacer referencia al principio de legalidad, pues como se dice: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de

³² Tomás Salvador Vives Antón (y otros): "Derecho Penal P.E."; editorial Tirant lo Blanch; página 978.

³³ Cuestiones que se tratan en amplitud en el capítulo III

³⁴ Manuel Cobo del Rosal y Tomás Salvador Vives Antón: "Derecho Penal P.E."; editorial Tirant lo Blanch; pág. 61

³⁵ Ver sentencia Tribunal Constitucional 30-1-81

³⁶ Ver sentencia Tribunal Constitucional 3-10-83

producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa..", es decir, unos hechos no pueden ser enjuiciados por dos normas diferentes. O están tutelados por el derecho penal, o por otras ramas del ordenamiento jurídico.

Cosa que no se produce en el art. 563 bis-b del Cód. Penal, ya que a la vez que es delito, también dichos hechos están enjuiciados por el art. 108, 3 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1.985 al decir: "El librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado, por la suma en él indicada, deberá pagar al tenedor, además de ésta, el 10 por 100 del importe no cubierto del cheque, y la indemnización de los daños y perjuicios".

Hemos de entender con VIVES ANTON [37], que "tal sanción pecuniaria carece de carácter reparatorio, pues se sobreañade a la indemnización civil, tiene en consecuencia naturaleza de castigo", por ello se infringe el principio "ne bis in idem".

Según dicho autor, la Ley Cambiaria y del Cheque 19/1.985 de 16 Julio, derogó "tácitamente" el art. 563 bis-b del Código Penal. Aunque esto es una cuestión opinable a tenor del art. 81,2 de la Constitución.

2) Ius Puniendi

En un sentido abreviado, el ius puniendi se puede definir como la facultad punitiva que le corresponde a un Estado para hacer respetar determinadas conductas básicas dentro de una sociedad.

Pero la justificación, naturaleza y límites de éste poder punitivo dependerá del tipo de Estado de que se trate, según las distintas concepciones políticas que existan.

Nuestro Estado, en la actualidad viene definido en el art. 1,1 de la Constitución de 1.978, como un Estado social y democrático de Derecho, lo cual implica tres componentes.

Si es un Estado social, es evidente que su función primordial es la de proteger los intereses de la sociedad, es decir, del pueblo, de donde emanan todos los poderes y la soberanía nacional (art. 1,2).

Si también es un Estado democrático, ello obliga a proteger a los intereses "mayoritarios" de dicha sociedad, o sea, los valores que la gran mayoría entiende que son dignos de

³⁷ Idem, página 978

protección; ellos son los contenidos en la propia Constitución de 1978, de los cuales no está la seguridad del tráfico mercantil

Y por último, si es un Estado de **Derecho**, es lógico que esté fundamentado en el principio de legalidad visto anteriormente.

Centrándonos en los dos componentes anteriores: social y democrático, **llegamos a la conclusión** de que el *Ius puniendi* es la potestad atribuida a determinados organismos del Estado, para imponer penas y medidas de seguridad en defensa de determinados valores, que la sociedad considera indispensables para la buena convivencia de la misma, lo cual implica el respeto a unos principios o valores como el de intervención mínima, de proporcionalidad, el de igualdad, de presunción de inocencia, etc

a) Principio de intervención mínima. Dicho principio ya se contemplaba en el art. 8 de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano del 26-8-1789, al decir: "La Ley no debe de establecer sino las penas estrictas y evidentemente necesarias".

Según el profesor MIR PUIG [38]: "Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil por ser incapaz de servir para evitar delitos".

Es decir, el Derecho penal perderá utilidad cuando la protección de determinados valores se puede conseguir empleando otros medios jurídicos e incluso no jurídicos, como por ejemplo en nuestro tema del **cheque en descubierto**, con posibles normas civiles o de simple organización bancaria.

Lo cual nos lleva al meollo de la cuestión, el Derecho penal por sus graves repercusiones al individuo [39], debe de ser la **última ratio** (principio de subsidiariedad) a emplear por los Estados modernos para proteger unos valores sociales determinados, habiendo antes tenido que ver la ineficacia de otras normas para su protección, como las civiles, administrativas, etc.

Por otra parte el principio de mínima intervención, hace referencia a la exclusiva protección por parte del Derecho de bienes jurídicos importante [40] que justifiquen la utilización de esta última ratio, lo que se conoce con el nombre de "carácter

38 Santiago Mir Puig; *ide*; página 97

39 Cuestión que se amplía en el capítulo VII

40 Tema que se trata en el capítulo II

fragmentario" del Derecho penal.

Por eso y como dice el profesor MIR PUIG [⁴¹], el Derecho penal de un Estado social y democrático "no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social", es decir, ha de centrarse exclusivamente en aquellos valores que la sociedad mayoritariamente considera que son superiores, y no partidarios de una mera conveniencia sectorial económica.

b) Principio de proporcionalidad. Se entiende como tal, que la gravedad de la pena o la medida de seguridad, debe de corresponderse con la gravedad de los hechos delictivos o con la peligrosidad de su autor, es decir, proporcionalmente adecuado para el respeto necesario del individuo.

Dicho principio ya se contenía en el art. 12 de la Declaración de los Derechos y de los Deberes del Hombre y del Ciudadano del 22-8-1795, al decir: "La Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito".

Para MIR PUIG [⁴²], el Derecho penal de un Estado social y democrático "debe de ajustar la gravedad de las penas a la transcendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de nocividad social del ataque al bien jurídico".

Esto se podría conseguir, con lo que los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [⁴³] llaman juicio de ponderación "entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal", es decir, determinar si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien jurídico que da origen a la penalización.

Todas estas ideas entran en pugna con quienes ven en la pena sólo una finalidad retributiva. Pero como indican dichos autores: "no todos los bienes jurídicos precisan de una protección penal"

Este puede ser el caso del bien jurídico que se pretende proteger con el art. 563 bis-b, pues la seguridad del tráfico jurídico mercantil que se lesiona con un cheque en descubierto de 10.000 ptas. por ejemplo, no está en proporción con la pena de arresto mayor con que se penaliza a dicho delito en comparación

⁴¹ Idem, página 102

⁴² Idem, página 111

⁴³ Manuel Cobo del Rosal y T. S. Vives Antón; idem; pág. 69

con la estafa, que es la misma que se aplica en algunas lesiones físicas de las personas; o el caso que se penalice sólo como falta una estafa con cheque que sea inferior a 30.000 ptas. [44]

Efectivamente, el art. 563 bis-b rompe con dicho principio de dos formas, por una parte en comparación con otras figuras delictivas más graves socialmente (estafas simples, apropiación indebida, etc.); y por otra, dentro del propio delito no es proporcional la pena al importe del documento, pues la misma sanción se aplica a un cheque de 1000 ptas. que de 10 millones.

c) Principio de igualdad. Según GREGORIO PECES-BARBA [45], la igualdad es un valor que en nuestra Constitución se encuentra ligado necesariamente a la libertad, así pues en su art. 14 se dice: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Uno de los objetivos de la revolución Liberal del siglo XVIII fue la igualdad, lo cual supone "que todos los ciudadanos son de manera igual receptores de las normas, que todos reciben idéntico trato en las normas y en su aplicación" [46], es decir, la Ley es la misma para todos y por igual, sin que exista discriminación o trato de favor.

La igualdad debe de formar parte de los Estados democráticos de Derecho, en el mayor grado y nivel posible. Por eso la propia Constitución exige de su obligado cumplimiento en su art. 9,2 al decir: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.."

No obstante, la realidad nos demuestra cada día que la igualdad es un ideal inalcanzable, y pretender que la igualdad abarque a todo y a todos dentro de una sociedad es una pura utopía.

Nuestro actual Código penal trata de la Ley 44/1971 de 15 de noviembre, donde se refundió el Código de 1.932, cuyo articulado en gran parte provenía del siglo pasado, con lo cual el trato de los principios constitucionales de 1.978 brillan por su ausencia, lo que hace necesario la elaboración de un nuevo Código penal

44 Cuestiones que se tratan con amplitud en el capítulo VI

45 Gregorio Peces-Barba Martínez: "Los Valores Superiores"; editorial Tecnos; página 148.

46 Gregorio Peces-Barba; ídem; página 152

propio de un Estado social y democrático de Derecho, ya que las reformas posteriores a su publicación por decreto 3096/1973 de 14 de septiembre, siempre han sido de parcheado y de urgencia, sin tener demasiado en cuenta el nuevo contexto legislativo que marca nuestra Ley Suprema.

Por todo ello pues, el principio de igualdad debe de representar para los operadores jurídicos, como los Legisladores y los Jueces, una prohibición de las diferencias de trato injustificadas o discriminatorias en la elaboración o del empleo de la Ley [47].

El actual art. 563 bis-b de cheque en descubierto, en su proceso de incriminación de la forma culposa, produce en muchas ocasiones un atentado contra el principio de igualdad. [48]

d) La presunción de inocencia. Es un principio constitucional reconocido en el art. 24,2 de nuestra Constitución, en el se dice: "Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

Según la sentencia del Tribunal Supremo del 24-9-86, la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público que posee una eficacia en un doble plano.

En primer lugar, en el campo del derecho penal o extraprocesal, es decir, la ley no debe de establecer preceptos normativos que basen la responsabilidad de los autores en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad [49], como puede ser el caso de los apartados 1 y 2 del art. 563 bis-b [50].

En segundo lugar, el principio de inocencia debe de tenerse muy en cuenta en el campo del derecho procesal penal, por lo cual toda codena debería de basarse en la carga de la prueba por parte

47 Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 63

48 Según se trata ampliamente en el capítulo III

49 Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pag. 64

50 Según se trata ampliamente en el capítulo IV

de la acusación o pruebas de cargo [21], y también que en todo proceso penal debe de existir una actividad probatoria mínima, que demuestre la imputación de los hechos al sujeto acusado de los elementos objetivos del tipo, es decir, que las dudas en el enjuiciamiento de los procesos debería de resolverse a favor del reo, según el principio "in dubio pro reo" [22]. Lo cual no se produce en muchas ocasiones con el art. 563 bis-b, si se mantiene en él la forma culposa del delito.

21 Según S.T.S. del 12-12-86: "El principio general en la materia es que se distingue entre actividad probatoria, aunque sea mínima, y la valoración de la prueba, pues en tanto que la ausencia total de la primera, vulnera en caso de condena, el dogma constitucional de la presunción de inocencia consagrado en el art. 24,2 de la Constitución Española".

En igual sentido las sentencias T.S. 26-12-88 y 17-1-89

22 Dicho principio fue resumido con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional de 21-7-1986: "Según reiterada jurisprudencia de este T.C., la presunción de inocencia, una vez reconocida por el art. 24,2 Constitución Esp. ha pasado de ser un principio general del derecho a convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos, y exige, para ser desvirtuado, una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado.

La relación pues, entre el derecho a dicha presunción y el sistema probatorio es evidente, así como con la apreciación judicial de las pruebas en nuestro ordenamiento y en concepto con el principio de libre valoración de las mismas que consagra el art. 714 de la L.E.Cr., norma a la que habrá de atenerse en tanto en cuanto dicha libre valoración no conculque el derecho fundamental superior en juego.

Las pruebas así obtenidas en el ámbito procesal correcto, serán la base o supuesto de la apreciación y valoración judicial. Estas pruebas, aun mínimas, pero suficientes, pueden lícitamente eliminar o destruir la presunción iuris tantum de inocencia constitucionalmente reconocida, pero siempre que constituyan legalmente pruebas y que contengan elementos incriminatorios respecto de la participación del acusado en el hecho.."

CAPITULO SEGUNDO

EL CHEQUE

EL CHEQUE

Se hace necesario antes de emprender el análisis de un delito, el saber ¿Qué cosa se esta protegiendo?, es decir, ya no sólo conocer el bien jurídico que se tutela, el cual veremos en el capítulo siguiente, sino el bien material que lo forma, o sea, conocer su fundamento, su naturaleza, sus orígenes, su función, los elementos que los componen, etc.

En el caso del art. 563 bis-b, este bien material lo constituye: "el cheque".

El cheque como documento mercantil que es, lógicamente ha de estar regulado por el Derecho Mercantil, independientemente que dentro de su esfera se le tutele a través de una Ley especial, la cual pueda concretar una serie de requisitos, circunstancias y figuras legales, que dentro de la Ley general no sería tan conveniente realizar.

Salirse de esa esfera jurídica específica, es como reconocer la insuficiencia o ineficacia de la misma, con lo cual hay que suponer que se produce un atentado grave contra la sociedad, en consecuencia habría que pensar en emplear medidas mucho más contundentes, o eliminar de raíz el propio mal, o sea, "eliminar" la utilización del propio cheque. No creo que sea este el caso.

1) SU FUNDAMENTO JURIDICO MERCANTIL

El fundamento jurídico del cheque, está en la clase de documento que es, en base al derecho que lleva incorporado: "un título-valor de pago", es decir, lleva incorporado el derecho a percibir la cantidad de dinero que expresa en el documento contra entrega del mismo.

Los títulos valores surgieron en el Derecho, como una institución mercantil para facilitar la transmisión de los derechos. Lo cual se produjo al incorporar un derecho a un título o documento, para facilitar la rapidez y seguridad en la circulación de los mismos.

Dicha institución crea una obligación a quién lo emitió, y da un derecho al legítimo poseedor o beneficiario. Por ello se entiende por la doctrina, que el título valor goza de tres características: 1) La legitimación por la posesión, 2) La literalidad del derecho incorporado y 3) La autonomía del derecho como necesidad de proteger a los poseedores de buena fe.

Según GARRIGUES [1], el título valor es entendido generalmente como "una declaración de voluntad engendradora de una obligación".

Pues bien, doctrinalmente para explicar el origen de esta obligación se han creado varias teorías, aunque para dicho autor, tales teorías "son puros esfuerzos constructivos sin transcendencia alguna práctica".

No por ello voy a dejar de citar al menos las dos más importantes, pues entiendo que cada una de ellas refleja dos filosofías diferentes del fundamento de los títulos valores:

La primera es la llamada **teoría contractual**, según ella: "Sólo mediante la entrega del documento surge el acto jurídico".

La segunda es llamada **teoría unilateral**, según ella: "Con la teoría contractual se hace difícil explicar las relaciones entre el suscriptor y los poseedores sucesivos".

Como se observa, la cuestión se central entre el carácter personal o impersonal de título-valor, a lo cual la moderna doctrina se inclina por esta segunda concepción.

En mi opinión, las dos se complementan y las dos son válidas, pues por una parte hay que tener en cuenta la relación causal preexistente (en base a una obligación contractual entre librador y tenedor); por otra la función del cheque como título valor transmisible.

1) Concepto y Naturaleza del cheque

Según el autor inglés GILBART [2], la palabra cheque deriva de la francesa "echecs", empezándose a utilizar alrededor del año 1.780, por personas (banqueros) delante de sus locales públicos.

Sin embargo, ha predominado según señala MAJADA [3], la creyencia de que el concepto de "cheque" y "check", derivan del vocablo francés "chèque", transcrito al inglés pero sin acento.

Sea cual fuere su origen, lo cierto es que el concepto de cheque no es pacífico, pues cada autor aporta su propia definición, en virtud de la naturaleza jurídica que considera que

¹ Joaquín Garrigues: "Curso de Derecho Mercantil", pág. 733

² En Dictionary of Banking

³ Arturo Majada: "Cheques y Talones de cuenta corriente, en sus aspectos Bancario, Mercantil y Penal"; edt. Bosch; pág. 13

tiene el mismo [4].

Como muestras de ello, y dentro de la doctrina española más reciente, he seleccionado tres autores diferentes, donde cada uno toma postura sobre el tema:

Para VICENT CHULIA [5] el cheque puede definirse como: "Orden de pago dirigida a un Banco o institución de depósito en sentido amplio en la que el librador tiene abierta cuenta corriente y posee fondos".

Por su parte MAJADA [6] nos dice que el cheque es: "Un título valor bancario, de carácter mercantil, cambiario y formal, de realización dineraria, que incorpora una orden especial de pago a la vista, dirigida contra el Banco librado por el librador, a favor de éste o al de un tercero, llamado tomador (portador, beneficiario); orden de pago que presupone la titularidad de una cuenta corriente y un convenio de disponibilidad mediante cheques entre librador y el Banco librado, generalmente de adhesión y de realización sucesiva".

En cambio BALDO DEL CASTAÑO [7] nos dice sobre el cheque que es un: "Título de crédito al que se incorpora un mandato de pago del librador al banco librado, ante el que acredita la disponibilidad de numerario, que puede realizarse en efectivo o abonarse en cuenta, a través de los instrumentos que facilita la técnica contable a quien lo emita o a cualquier otra persona legítima tenedora del documento, respondiendo frente a éste cambiariamente el librador y cuantos lo suscriban, en caso de impago".

Como puede observarse, algunos conceptos son monumentales y barrocos, pues lo intentan abarcar todo.

* Pues veáanse algunas de las definiciones de recopila MAJADA; idem; página 55/56: "ASCARELLI, México 1940 "El cheque es un título de crédito que contiene una orden de pago, girada contra un banquero, por quien tiene fondos en poder de éste y de los cuales tiene derecho a disponer por medio de cheques" FERRI, Turín, 1950 "El cheque es un título de crédito a la orden o al portador que contiene la orden dirigida a un Banco, en el cual se tienen fondos disponibles, de pagar la suma indicada en el mismo".

5 F. Vicent Chulia: "Compendio crítico de Derecho Mercantil" Tomo II; editorial J.M. Bosch; página 779

6 Idem, página 58

7 V. Baldo del Castaño: "El Cheque"; edit. Praxis; pág. 36

Hubiese sido preferible unas definiciones mucho más simples, como la del sistema americano [6]: "Factura de intercambio que se ha expedido en un Banco siendo pagable a petición del portador".

O el inglés [7]: "Una letra de cambio librada contra un banquero y pagadera a la vista".

Quizá por ello GARRIGUES, en su famoso Tratado de Derecho Mercantil, no hace ninguna definición doctrinal sobre el cheque, aunque si considera al mismo como un medio de pago [10].

Por ello donde surge una mayor problemática doctrinal es, en saber la naturaleza jurídica del cheque, ya que algunos autores consideran que el cheque es un "título de crédito" [11]; y en cambio para otros es un simple "medio de pago" [12].

Para explicar la naturaleza del cheque, doctrinalmente se han propuesto varias teorías: "De la cesión; del mandato; de la doble autorización; de la estipulación en favor de tercero; teoría de la delegación; del negocio completo". Todas ellas con buenas argumentaciones, pero ninguna definitiva, por ello se hace innecesario aquí entrar en discusiones teóricas [13].

Como se observa, el cheque tiene una naturaleza conflictiva, quizá de ahí arranque precisamente toda la problemática penal posterior en cuanto a la forma de tipificar el delito.

Legalmente, en la Ley Cambiaria del 85, tampoco se aporta una definición del mismo, ni se indica su naturaleza, salvo lo que se pueda deducir del art. 106,2: "Mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización"

Anteriormente a la misma, el derogado art. 534 del Cód. de Comercio, si nos facilitaba una definición: "El mandato de pago,

6 "Uniform Commercial Code: Commercial Paper" de 1962

7 La Bills of Exchange Act de 1882

10 Idem, página 933

11 ASCARELLI; AULETTA; FERRI; NAVARRINI; MUÑOZ; LANGLE; DE PINA VARA; MAJADA; BALDO DEL CASTAÑO; etc.

12 GARRIGES, idem, pág. 933; RODRIGO URÍA: "Derecho Mercantil", pág. 785; BROSETA PONT, idem, pág. 639; y entre otros BRANCA; SALANDRA; FONTANA; BELLUCCI; etc. etc

13 Según se relacionan en la obras citadas de Majada; idem; página 91 y siguientes. Baldó del Castaño; idem; pág. 21 y sigts.

conocido en el comercio con el nombre de cheque, es un documento que permite al librador retirar, en su provecho o en el de un tercero, todo o parte de los fondos que tiene disponibles en poder del librado".

En consecuencia y según la Ley [14], el cheque puede entenderse como "un mandato puro y simple de pagar". Mandato de pago entre librador y librado; y mandato de cobro entre librador y tomador [15].

Sin embargo el profesor GARRIGUES [16] ha formula algunas objeciones a dicho fundamento: "1) En el mandato el mandatario gestiona un interés ajeno, en el cheque el tomador gestiona un interés propio; 2) El tomador de un cheque, a diferencia del mandatario, no asume ninguna obligación de cobrar, por lo mismo que el cobrar va en su propio interés; 3) La posibilidad de endoso o de simple tradición (si es al portador) del cheque armoniza mal con la existencia de un mandato al tomador".

Dicho autor al igual que otros [17], consideran que la teoría acertada sobre la naturaleza del cheque, es la teoría de la delegación [18]: "A nuestro juicio, con esta terminología se quiere significar que lo que se delega no es ni un crédito ni una deuda, sino tan sólo el pago de esa deuda o el cobro de ese crédito".

Sin embargo el debate no está cerrado, ya que un sector de la doctrina [19], propone la tesis de que en el cheque lo que se produce al ser presentado al cobro, es una cesión de la provisión de "fondos" del librador en favor de tenedor, en consecuencia, lo que se cede es el crédito del librador frente a librado, con lo cual obliga a éste al pago, en base a los arts. 69 y 108 L.C.CH.

¹⁴ Adviértase que el contenido del art. 1 párrafo segundo de la Ley Cambiaria y del CH., es idéntico en contenido del art. 106,2 de dicha Ley, es decir, tanto la letra de cambio como el cheque se definen como: "Mandato puro y simple de pagar."

¹⁵ Un igual sentidos las S.T.S. 1-5-1926 y 9-12-33.

¹⁶ Joaquín Garriges: "Curso de Derecho Mercantil" tomo II; editorial Imprenta Aguirre; página 935

¹⁷ Al igual que Broseta Pont; idem; pág. 641

¹⁸ Según indica VICENT CHULIA, idem, pág. 613. En nuestro Derecho no existe esta figura jurídica. Salvo el autorizado 1162

¹⁹ SANCHEZ CALERO; GALAN CORONA; BALDO DEL CASTAÑO

Como indica VICENT CHULIA [20]: "La provisión de fondos consiste en un crédito dinerario, exigible o vencido, que ostenta el librador contra el Banco librado. Este crédito puede nacer del depósito irregular o del numerario constituido por el cliente librador, o bien de un contrato de crédito activo, por lo que el Banco se obliga a facilitarle fondos a su requerimiento. No hay provisión si, en ausencia de fondos, el Banco atiende de hecho los cheques librados por su cliente.."

En consecuencia, si no existe la provisión no existe crédito que ceder, con lo que entonces el cheque es irregular [21], es un cheque "sin fondos", por eso se penaliza.

Lo que ocurre es que muchos cheques sin provisión de fondos, son igualmente atendidos por el librado, surgiendo la cuestión de la disponibilidad [22], con lo que se desnaturaliza el fundamento jurídico del cheque, y en consecuencia la "seguridad de tráfico mercantil" pierda su significado absoluto.

De ahí precisamente mi propuesta, de que la culpa debería desaparecer en la penalización de las figuras tipificadas del art 563 bis-b [23], pues el librador se encuentra en muchas ocasiones a merced de los "movimientos" bancarios de sus saldos, en base a sus "disponibilidades".

Cosa parecida ocurre con el pagaré, aunque éste al igual que la letra de cambio es más un título de crédito que de pago, ya el mismo se define como: "La promesa pura y simple de pagar.." (art. 94,2), pudiendo extenderse también con un vencimiento aplazado, al igual que la letra, y librarse al portador como el cheque.

Habrà de analizarse pues, que motivos llevaron al Legislador a no regular penalmente a la letra de cambio y al pagaré, al igual que lo hizo con el cheque, ya que siendo los tres títulos valores [24], no existe una razón a priori que los descrimine.

Cuestiones que intentaré dilucidar en el próximo capítulo.

²⁰ Idem, página 788

²¹ En este sentido se expresó A. Quinano Ripolles: "Tratado de la P.E. de Derecho Penal"; editorial R.D.Privado; página 771: "El cheque sin provisión no es, técnicamente hablando, tal cheque

²² Cuestión que se trata en el capítulo III

²³ Desarrollada en el capítulo IV

²⁴ Según se desarrolla en el capítulo II

II) SU FUNCION ECONOMICA

Según la mayoría de los historiadores [25], el cheque cuando empezó a utilizarse de una forma reconocible fue en la Edad Media, usándose como un medio de pago por los banqueros de las ciudades italianas.

No obstante, cuando adquirió su desarrollo moderno como título-valor [26] fue en el tráfico bancario inglés del siglo XVIII. Según indica VICENT CHULLA [27]: "La quiebra del banquero Goldschmith, que había emitido gran cantidad de 'Goldschmith Notes', como hacían otros banqueros, en representación de los depósitos a ellos confiados, hizo que se creara el Banco de Inglaterra por Ley de 1.742, con el monopolio de emisión de billetes de banco o 'bank notes'. Por ello los clientes de otros bancos se vieron en la necesidad de disponer de sus depósitos mediante el giro de letras de cambio a la 'vista' a cargo del banquero depositario".

Para BROSETA PONT [28], al referirse al cheque: "Su finalidad era eludir la prohibición que soportaban los Bancos privados, a los que no se permitía emitir billetes de Banco contra recepción de metálico", en los depósitos de sus clientes.

Lo que viene a confirmar la idea de que el cheque surgió como un medio de pago más rápido y eficaz que la letra de cambio, la cual siendo en sus orígenes un contrato de cambio, y posteriormente un mandato de pago, al igual que el cheque, aquella tiene una estructura mejor para ser un título de crédito que éste [29].

²⁵ Aunque como apuntan Vicente Baldó y JM. Calavia en su obra "El Cheque" pág. 12, algunos autores han querido ver en las civilizaciones Persas, Egipcias, Griegas y Romanas, indicios de la utilización de una figura jurídica similar al cheque.

²⁶ Como señala BROSETA PONT, idem, página 562: "En nuestro Derecho positivo no existe un concepto legal, ni tampoco una completa, moderna y minuciosa regulación de esta institución, lo cual constituye una de sus más graves deficiencias". El profesor GARRIGUES lo define diciendo "Título valor es un documento sobre un derecho privado, cuyo ejercicio y cuya transmisión están condicionados a la posesión del documento".

²⁷ Idem; página 780

²⁸ Manuel Broseta Pont; idem; página 638

²⁹ Es decir, se formula una orden aplazada: "pagará usted al vencimiento expresado".

A pesar de ser ambos documentos endosables, la misión principal del cheque es la de ser un instrumento de pago a corto plazo dentro de las relaciones comerciales [30].

Según la Exposición de motivos del Código de comercio, las **funciones económicas** del cheque son: a) Poner en circulación el numerario que los particulares conservan improductivo en su cajas b) Disminuir el trasiego de este numerario, haciendo las veces de los billetes de Bancos; c) Facilitar la liquidación de los créditos y débitos que tengan entre sí los comerciantes o banqueros, mediante la mutua compensación en oficinas o establecimientos creados al efecto.

Como puede observarse, al cheque se le da una función de **segunda moneda**, pues los Bancos pueden extender cheques al portador contra sí mismo [31], con la ventaja de no crear inflación a pesar de su creciente aumento (caso contrario de los billetes de banco); además -como señala MAJADA [32]- su vida es más efímera, pues se limitan a dos o tres endosos como máximo, cosa que el dinero circula hasta su destrucción material del mismo, o retirarse por las autoridades monetarias.

Además con los cheque se produce una gran concentración de capitales en los Bancos, pues tienen la ventaja de ser compensables por medio de las cuentas corrientes de sus clientes, con lo que se facilita a éstos la disponibilidad de sus fondos (saldos acreedores), sin necesidad de manejar la moneda "oficial", lo que sirve para fomentar el ahorro. El cheque siempre ha ido ligado a los depósitos bancarios.

Lo cual tiene sumo interés tanto para los particulares, los Bancos, como para la propia economía nacional. Quizá por ello el Legislador decidiera sólo penalizar al cheque.

Sin embargo y como indica ASCARELLI [33], todos los títulos valores contribuyen poderosamente al desarrollo de la evolución económica de una Nación. Empleándose los mismos (letras de cambio, pagarés y cheques) en gran parte de las operaciones de los Bancos o Cajas, porque su utilidad es plural.

El espectacular incremento del cheque [34] en nuestra

30 Según el art. 135 L.C.CH.: 15 días dentro de España....

31 Vicent Chulia, *idem*, página 787

32 *Idem*, página 50

33 Broseta Pont, *idem*, pág. 559

34 Al igual que las letras de cambio

¿Nación, se debió al aumento del tráfico mercantil de las operaciones entre particulares, a causa de la expansión económica y bancaria de finales de la década de los años 60. Lo que explica del porque la Banca en general, viera con buenos ojos la tipificación del cheque en descubierto como un delito autónomo.

Como aludió FANJUL SEDEÑO, ante el proyecto de Refoma del Cód. Penal del 15-11-71: "Los mercantilistas han ido ganando pequeñas batallas a los penalistas, los han ido acurrucando por así decirlo, en razón de las necesidades del tráfico mercantil y de las necesidades sociológicas, económicas y financieras".

Pugna entre penalista y mercantilistas, que también pone de relieve las sentencias del T.S. 3-11-84 y 11-7-85.

A nuestro entender, una cosa es que el Derecho penal no proteja más allá de lo que el Derecho mercantil acoge como lícito, pero otra cosa muy disitnta es, que éste tenga que decir a áquel lo que haya que penalizar o no, una "segunda moneda".

Efectivamente, cuando hablamos de títulos valores nos estamos refiriendo al documento que lleva incorporado un derecho al mismo, siendo transferibles por cesión, endoso, etc.; en consecuencia, para la efectividad de su misión económica y la seguridad de tráfico mercantil, los títulos valores han de estar protegidos por el Derecho para garantizar la fe de su escrito, o sea, de su derecho incorporado al documento.

Conclusión a la que nadie contradice, pero donde se puede llegar a dudar y cuestionar el tema, es si para ello es necesario emplear la última ratio legis como es el Derecho Penal, y dentro de él, de que forma habrá de penalizarse, o que tipos de penas serán las más adecuadas, al objeto de causar el menor daño a la propia sociedad que se intenta proteger. No sea que se cumpla el viejo refrán que dice: "Es peor el remedio que la enfermedad".

En este caso, el remedio es su tipicidad autónoma dentro del Derecho Penal, la enfermedad, el cheque en descubierto.

III) LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE DEL 16-7-85

Dicha Ley publicada en el BOE núm. 172 de 19 de julio de 1.985, no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1.986, fecha en que España se incorporó a la Comunidad Económica Europea.

En el preámbulo de la mencionada Ley, se hace referencia no sólo a las deficiencias de la regulación existentes para proteger adecuadamente los créditos incorporados a dichos documentos, sino de la voluntad política de adaptar nuestro ordenamiento sobre la

letra de cambio, el pagaré y el cheque a la llamada legislación uniforme de Ginebra, con el propósito de realizar explícitamente el mandato del art. 3 h) del Tratado de Roma, constitutivo de la C.E.E.

Su contenido es de 167 artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y dos disposiciones finales.

Como **notas características** de dicha Ley, se pueden mencionar la tendencia a la abstracción del título, abandonándose la anterior configuración causalista procedente del Código francés de 1.865, inspirador de nuestro Código de Comercio de 1885.

Una mayor simplicidad y flexibilidad en los requisitos formales de los títulos regulados; en el cheque no se hace mención al tenedor; así como una mayor protección de la figura del deudor o la del aval (optando esta última como una obligación autónoma, válida aunque sea nula la obligación garantizada).

También es de destacar, la ampliación de los plazos de presentación para el pago de estos títulos, que en el caso los cheques, pasa de los cinco días de antes a los quince de ahora; así como el régimen del protesto, permitiéndose su sustitución por declaraciones del librado o de las Cámaras de compensación.

Otro mecanismo para reforzar la posición del tenedor, es la posibilidad de demandar conjuntamente o separadamente a los deudores cambiarios; el establecimiento de intereses de demora; el haberse incluido como títulos ejecutivos en el art. 1.429 L.E.C. al cheque y al pagaré (además de la letra de cambio).

En cuanto al cheque en concreto, es de resaltar la exigencia de expresar la palabra cheque en el documento (art. 106,1), habiendo desaparecido del argot legal la palabra "talón".

Además de serie aplicable numerosas normas propias de la letra de cambio, como las firmas de incapaces, falsas o de personas imaginarias; así como en los casos de representantes sin poder o excesos del mismo (art. 8 y siguientes), tiene para su regulación concreta los art. del 101 al 161 ambos inclusivos.

Así como la condición de que el cheque es pagadero a la vista, teniéndose como no escrita cualquier mención en contrario (art. 134). La prohibición de poderse aceptar por el librado (art. 109), al contrario del sistema angloamericano. La fijación de un recargo automático del 10 % del importe no cubierto del cheque, así como los réditos de dicha cantidad (art. 149); prohibición de toda cláusula de interés (art. 113).

También son de indicar, la posibilidad del pago parcial o hasta donde alcance el saldo acreedor del librador (art. 108,2);

se regula la conformidad de efectuar retención por los cheques conformados (art. 110); la imposibilidad de revocación por parte del librador durante el plazo de pago (art. 138); la responsabilidad del librado en caso de pagar cheques falsos o falsificados (art. 156).

Se otorga eficacia a los pagos a través de Cámara o sistemas de compensación (art. 137), así como las declaraciones de equivalencia sustitutorias del protesto (art. 146).

Todo lo cual hizo pensar al Legislador, que con el tiempo y una eficaz aplicación práctica de dichas normas, se fomentaría el incremento y la seguridad en el empleo de dichos documentos, en especial el cheque.

Lo que aun no se ha producido, corriendo el peligro de ser algunos artículos de la Ley Cambiaria simple letra muerta, debido seguramente a su actual regulación penal del cheque, y a la gran difusión de las tarjetas de crédito y de compra en general, teniendo las mismas las ventajas del pago aplazado, y no llevar implícito la amenaza penal por impago como es el uso del cheque.

1) Antecedentes Históricos

Como señala URÍA ^[35], la más antigua legislación escrita conocida del cheque como tal, es el código de comercio holandés de 1838, regulando lo que se llamaba "papel de caja", que no era otra cosa que un recibo contra el librado al igual que el cheque actual.

Posteriormente con el movimiento codificador de dicho siglo, vino el código Francés de 1865; la ley Belga de 1873; el código federal Suizo de las obligaciones de 1881; el código Italiano y el Inglés de 1882; el código Portugés de 1.888 y el Alemán de 1.908. En España se reguló por primera vez el cheque en el Código de 1.885 ^[36]

Con ello ya se empezó a dislumbrar dos regulaciones contrapuestas, el sistema francés o latinos y el sistema anglosajón, lo cual era consecuencia de dos concepciones distintas del Derecho, la concepción objetiva el primero, y la subjetiva el segundo; si bien lo que se ha pretendido lograr en éstos últimos años, ha sido una progresiva uniformidad del tema dentro del comercio internacional.

³⁵ Rodrigo Uria: "Derecho Mercantil", página 783 (edición 12), editorial Aguirre

³⁶ Según Garrigues, idem, página 930

Los primeros movimientos para la unificación de las normas sobre el cheque, data de 1.900 con el Congreso de Derecho Comparado de Paris.

En 1910, con la primera conferencia de La Haya, se acordó que en una segunda reunión, se ampliaría el tema de los documentos cambiarios también al cheque.

La segunda conferencia de La Haya de 1912, se celebró para buscar la uniformidad del derecho mercantil sobre la letra de cambio, el billete a la orden y el cheque.

En ella se planteó la cuestión de las sanciones penales como medida de coacción para la garantía del pago de tales títulos-valores, llegándose a adoptar en su artículo tercero la siguiente regulación: "Queda reservada a los Estados miembros contratantes, la facultad de regular sus consecuencias civiles, penales y fiscales".

A pesar de ello, la Conferencia supuso un avance en las negociaciones y aproximación de posturas en su aspecto mercantil, aunque quedarón truncadas por la primera guerra mundial del 1914.

Posteriormente de la guerra, los trabajos de unificación de La Haya se reanudaron, para concluir al final con el Congreso de la Cámara de Comercio Internacional en la sesión de Estocolmo de 1927 y por el proyecto del Comité de Peritos Juristas de la Sociedad de Naciones de 1928 [37].

Este proyecto sentó las bases para la discusión de la Conferencia internacional de Ginebra de 1.930. En dicha conferencia se llegó a la conclusión, de que las bases de La Haya eran insuficientes para contener adecuadamente el gran auge que tomó el cheque en aquella época.

En la Conferencia Internacional de Ginebra de 25 febrero 1931, con la participación de 30 Estados, fue cuando nació la Ley Uniforme sobre el cheque, ya que el 11 de marzo de 1931 se firmaron tres convenios:

1) Ley Uniforme (57 artículos) y Anejo II sobre posibles reservas de los Estados signatarios en sus legislaciones; 2) Conflictos de leyes sobre el particular y 3) Unificación del régimen fiscal o derechos del timbre. [38]

³⁷ Eugenio Cuello Calón: "La protección Penal del Cheque" páginas 8 y 9, editorial Bosch.

³⁸ Arturo Majada: "Chèques y Talones de cuenta corriente, en sus aspectos Bancario, Mercantil y Penal", página 30, editorial Bosch

En cuanto el que aquí nos interesa es el primero, La Ley Uniforme, ya que en la misma en su artículo 1 se detallan los requisitos que ha de tener el cheque. [37]

En su artículo 45 se regula un sistema de protección al decir: "El portador puede reclamar de áquel contra quien ejercita su acción: 1) El importe del cheque no pagado. 2) Sus intereses, a razón de 6 por 100, a partir del día de la presentación. 3) Los gastos del protesto o de la declaración equivalente, los de los avisos dados, así como de los demás gastos".

Sin embargo en su artículo 24 del Anejo se dice: "Por derogación del art. 45 de la Ley uniforme, cada una de las Altas Partes contratantes se reserva la facultad de insertar en su Ley nacional una disposición para prescribir que el tenedor puede reclamar de la persona contra la cual ejerce su recurso una comisión cuya cuantía será determinada por la Ley nacional".

En línea semejante se expresa su siguiente artículo 25: "Cada una de las Altas Partes contratantes, es libre de decidir que en caso de caducidad o de prescripción, subsistirá en su territorio una acción contra el librador que no ha hecho provisión, o contra un librador o un endosante que se haya enriquecido injustamente". [40]

Durante el proyecto de elaboración, también se propuso formalmente la sanción penal del libramiento de cheques sin fondos, sin embargo, la mayoría de las delegaciones de los Estados miembros, se opusieron a la inserción de preceptos penales en la Ley Uniforme, acordándose que estas cuestiones deberían de quedar fuera de la citada Ley, debiendo de ser reguladas en todo caso, por cada Estado miembro.

Todo ello fue debido a nuestro entender, y siguiendo el pensamiento de S. MILLAN: "a la falta de convicción de la mayoría de las delegaciones sobre la necesidad de establecer sanciones penales para la emisión de cheques sin fondos" [41]

Es decir, se recomienda en el art. 45 sanciones de tipo civil y pecuniarias, dejando por otra parte opción (art. 24 y 25), a que cada Estado miembro se regule el tema dentro de su territorio según su Ley nacional.

³⁷ Los cuales prácticamente son reflejados en nuestra Ley Cambiaria de 1985.

⁴⁰ Juan Diego Hernandez: "Nueva Ley de la Letra de Cambio y el Cheque", página 9

⁴¹ Parráfo transcrito de la obra del Arturo Majada, pág 30

A la Ley Uniforme de Ginebra de 1931 se han adherido las siguientes Naciones: Alemania, Austria, Dinamarca, Holanda, Belgica, Francia, Italia, Grecia, Irlanda, Suiza, Finlandia, Noruega, Portugal, Ecuador, Nicaragua, Polonia, Suecia, Japón y España en su Ley 16-07-85.

2) Cheques Especiales que Regula

A pesar de lo dicho en un principio sobre la naturaleza del cheque, para un sector muy autorizado dentro de la doctrina [⁴²], ven un dicho documento a un título de crédito girado o pagadero a la vista, por el cual existe una relación especial entre el librador y el librado, ya que entre ambos habrá dos pactos: uno de provisión de fondos, y otro de disponibilidad.

Según el art. 120 LCCH, los cheques pueden transmitirse por entrega o tradición, si son al portador; por endoso, si son a la orden; y por cesión ordinaria, si son nominativos "no a la orden", o sin esta cláusula, también por endoso.

Cuando hablamos "del cheque", además de referirnos al cheque normal de los art. 111 y 112, también nos referimos a ciertos cheques especiales.

Los supuestos que se contemplan dentro de la Ley Cambiaria son: El cheque cruzado; el cheque para abonar el cuenta; y cheque certificado, (conformado o visado); y el cheque en blanco.

a) **Cheque cruzado.** Se regula en el art. 143 diciendo: "El librador o tenedor de un cheque puede cruzarlo por medio de dos barras paralelas sobre el anverso. El cruzado puede ser general o especial. Es general si no contiene las dos barras designación alguna o contiene la mención 'Banco' y 'Compañía' o un término equivalente. Es especial si entre las barras se escribe el nombre de un Banco determinado. El cruzado general puede transformarse en especial; pero el especial no puede transformarse en general. Cualquier tachadura se considerará como no hecha".

Y en el art. 144: "El librado no podrá pagar el cheque con cruzado general más que a un Banco o aun cliente de aquel. El librado sólo podrá pagar el cheque con cruzado especial al Banco designado o si éste es el mismo librado a un cliente suyo. No obstante, el Banco designado puede encargar a otro Banco el cobro de cheque. Un Banco sólo podrá adquirir cheques cruzados de sus clientes o de otro Banco. No podrá cobrarlos por cuenta de personas distintas de las antedichas. Un cheque con varios cruzados especiales no puede ser pagado por el librado, salvo que

⁴² Cita de J. Diego Hernandez, idem, pág. 395

contenga solamente dos, y uno de ellos sea para el cobro mediante una Cámara o sistema de compensación. El librado o el Banco que no observe las disposiciones anteriores responde de los perjuicios causados hasta una suma igual al importe del cheque"

Como puede observarse, la técnica legislativa en estos dos artículos es inmejorable, dignas de un Comité Técnico Interbancario, por lo cual me he permitido en transcribirlos íntegramente.

Con dicho tipo de cheques, según indica BROSETA PONT [43] lo que se intenta asegurar, es que sólo sea un Banco quien presente el cheque al cobro, con lo cual se pretende que los cheques que entren en una entidad Bancaria, sólo salgan de ella para su compensación, ya que anteriormente un talón (cheque) devuelto podía ir ingresándose de Banco en Banco, hasta que fuese conforme, si es que lo era al final. También se gana en seguridad en caso de robos o extravíos, pues sólo pueden cobrarlos el poseedor legítimo.

b) **Cheque para abonar en cuenta.** Se regula en el art. 145 LCCH: "El librador o tenedor del cheque pueden prohibir su pago en efectivo, insertando en el anverso la mención transversal 'para abonar en cuenta', o una expresión equivalente. En este caso, el librado sólo podrá abonar el cheque mediante un asiento en su contabilidad. Este asiento equivale al pago. Cualquier tachadura de la mención 'para abonar en cuenta' se considera como no hecha. El librado que no observe las disposiciones anteriores, responderá de los perjuicios hasta una suma igual al importe del cheque".

Generalmente dicha cláusula potestativa es del librador, que es quién extiende y entrega el cheque al tenedor para su cobro, aunque en este caso por voluntad de aquél, éste tendrá que ingresarlo en su cuenta (otra cosa es que el tenedor la pida, o al endosarlo la ponga él al nuevo tenedor).

Normalmente la misma se pone como medida de seguridad en los cheques remitidos por correo, o los que el librador tenga un interés especial para tener una prueba el día de mañana de quién cobró el cheque, ya que aunque sea al portador, igualmente se podría saber a la cuenta de quien se ingresó, al serle fácil de seguirle la pista.

c) **Cheque certificado.** Llamado también "conformado por escrito" dicha modalidad está contenida en el art. 110: "El librador o el tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco o librado que preste su conformidad al mismo. Cualquier mención de 'certificación', 'visado', 'conforme' u otra semejante firmada

⁴³ Manuel Broseta Pont, ídem, página 651

por el librado en el cheque acredita la autenticidad de éste y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador. El librado retendrá la cantidad necesaria para el pago del cheque a su presentación hasta el vencimiento del plazo fijado en la expresada mención o en su defecto, del establecido en el artículo 135. La conformidad deberá expresar la fecha y será irrevocable".

Como se observa, dicha garantía tanto la puede pediría el librador como el tenedor [44].

Antes de entrar en vigor la nueva Ley Cambiaria el 1-1-86, el Consejo Superior Bancario (C.S.B.) en circular núm. LXXIX/85 del 29-11-85, envió comunicado a toda la Banca española, sobre las medidas uniformes a adoptar sobre tal acontecimiento en referencia al cheque, en la misma se contenía las normas a seguir en cuanto a los cheques conformados por escrito, diciendo:

"La formula para diligenciar la conformidad, a estampar en el reverso del cheque, será como sigue

ES CONFORME ESTE CHEQUE DE PESETAS _____ EN CUANTO A
 IMPORTE Y FIRMA. SI NO SE HICIESE EFECTIVO O NO SE COMPENSARA EN
 ALGUNA ENTIDAD DE CREDITO ANTES DEL DIA _____ EL BANCO _____
 _____ S.A. PODRA CONSIDERARLO COMO UN CHEQUE NORMAL NO CONFORMADO
 Fecha y Firma apoderado suc. Banco

En todo caso, los importes conformados, a requerimiento del librador o tenedor del cheque, serán adeudados en la cuenta del cliente en el mismo momento de la conformidad.

Estos cheques se cruzarán en todos los casos y cuando se trate de conformidades a petición de tenedor distinto del librador, el Banco librado conservará fotocopia del mismo, para su justificación ante éste.

Aunque la Ley permite conformar los cheques, por cualquier plazo [45], se recomienda, no obstante, que este plazo sea de 15 días naturales, desde el día de la conformidad. Asimismo, el Banco librado, mantendrá el débito durante los 15 días naturales siguientes al del vencimiento del plazo de la conformidad.

Transcurrido este último plazo, sin haberse hecho efectivo dicho cheque, se procederá a la retrocesión del débito".

Es de indicar que no siempre ocurre así, ya que cuando el cliente es de mucha solvencia, es vez de cargar directamente el

44 Tema de se tratará con más detalle en el cap. IV

45 Esto fue una novedad en comparación de la Ley Uniforme de Ginebra, ya que la Legislación española es más elástica.

cheque, lo que se suele hacer, es simplemente un bloqueo o retención en la cuenta del mismo por el importe del cheque. Esto tiene la ventaja para el cliente de que no deja de percibir intereses hasta que el cheque viene compensado.

Con dicho tipo de cheques, lo que se constata por parte del librado son dos cosas: a) La autenticidad del mismo; b) La existencia de provisión de fondos, que es irrevocable durante el plazo señalado como garantía.

A pesar de la gran ventaja y seguridad en el tráfico mercantil que ofrece de este sistema, en general no es muy utilizado por los clientes.

Cheque garantizado, es una modalidad derivada de la anterior, fue creada por sólo unos pocos Bancos como reclamo publicitario o quizás para experimentar sus resultados prácticos.

Consiste en una declaración de garantía del Banco librado, impresa en cada cheque del talonario por sólo una cantidad máxima (25.000 ptas) y durante un periodo determinado (suele ser un año)

En cierta manera lo que se le otorga al cliente es un mini crédito, es decir, la disponibilidad garantizada por los cheques, que puede ser de 500.000 ptas (25000 x 20 cheques del talonario).

Para dar cobertura a este crédito, el Banco abre al cliente una cuenta corriente especial de cheques garantizados, el cual se compromete a mantener unos saldos acreedores determinados, además de firmar al Banco una carta de traspaso por los saldos acreedores que pudiera tener en otras cuentas.

Si el cliente extiende en dichos cheques, importes superiores al límite de la garantía, su exceso seguirá el régimen común de los cheques normales.

Para cancelar la cuenta, el Banco librado exige al cliente la restitución de todas las hojas-talonario (cheques) que le facilitó, procediéndose a la liquidación de las ya utilizadas.

Según indica VICENTE CHULIA [46], la naturaleza de dicha obligación de garantía no es cambiaria, por lo que no puede ser exigible por vía ejecutiva del art. 1.429,4 de la L.E.Civil. Para CARLON, el cheque garantizado carece de eficacia [47].

⁴⁶ Fco. Vicent Chulia, idem, pág. 807

⁴⁷ Opinión rebatida por Vicent Chulia. En nuestra Nación quien ha efectuado un estudio importante sobre los cheque garantizados es JIMENEZ SANCHEZ "El cheque garantizado" Sevilla

d) **Cheque incompleto.** Su mención se encuentra en el art 119 de la Ley: "Cuando un cheque, incompleto en el momento de su emisión, se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos acuerdos no podrá alegarse contra el tenedor a menos que éste haya adquirido el cheque de mala fe o con culpa grave". Su regulación es idéntica al de la letra de cambio (art. 12).

La jurisprudencia en un principio se mostró muy reacia a la admisión de tales formas de letras de cambio y cheques. Aunque posteriormente en sentencias 1-5-52 y 16-10-78 declaró su validez al afirmar que: "El firmante en blanco de una letra (o cheque) muestra el propósito de obligarse conforme a las menciones que posteriormente se extiendan en el documento, y frente al tenedor de buena fe responderá según el tenor literal de aquél.

Por lo cual se habla de letras de cambio o cheques en blanco o incompletos. Sin embargo, VALDO DEL CASTAÑO ⁽⁴⁰⁾ señala que son dos cosas distintas: a) la emisión del documento con la carencia de alguno de sus requisitos, pero con pacto complementario (cheque en blanco); b) la misma emisión, pero sin pacto complementario (cheque incompleto).

Aunque en la practica sea un caso poco frecuente, haya que admitir, que un cheque puede completarse desde el momento de la emisión hasta el de su presentación al cobro, pues si aún en este momento careciera de alguno de los requisitos que exige la Ley, el mismo no produciría los efectos del cheque. Dicho pensamiento está basado en el propio encabezamiento del art. 107.

IV) REQUISITOS LEGALES DEL CHEQUE

Tradicionalmente se viene efectuando la distinción entre dos clases de requisitos para la efectiva validez del cheque, estos son: formales o extrínsecos, y materiales o intrínsecos.

Los primeros son necesarios para considerar el cheque como tal, es decir, en caso de faltar alguno de ellos el documento no sería considerado como un cheque, en consecuencia no causaría efectos dentro de la esfera mercantil y penal; los segundos son necesarios para la regular emisión del mismo, o sea, el caso de faltar alguno de estos requisitos, el documento igualmente sería un cheque, pero irregular, de los que llaman "sin fondos", por lo cual sus efectos son causa de las acciones civiles y penales, que veremos oportunamente.

⁴⁰ Vicente Baldo del Castaño, idem, pág. 133

1) Formales

Doctrinalmente se entiende que los mismos están contenidos en el art. 106 y 107. Siguiendo una clasificación de GARRIGUES [49], los mismos pueden ser referentes:

a) **Del documento y la obligación cambiaria.** Se refieren, a la fecha y lugar de su emisión (106,5), que podrá ser tanto en letras como en números; y a la denominación de cheque insertada en el propio documento, en el idioma que se determine (106,1).

Así como la cantidad a expresar, en pesetas u en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial (art. 106,2 y 142), no siendo necesario que figure en letras; así como la mención del lugar de pago (art. 106,4), lo cual suele ir impreso en el propio documento al lado del librado.

b) **De los elementos personales.** Como la firma del que expide el cheque denominado librador (106,6), la cual se entiende que ha de ser de su puño o autógrafa, pudiendo ser firmados por representantes del librador, siempre que ello se exprese con antefirma; el nombre del librado, cuya novedad es que obligatoriamente habrá de ser un Banco -lógicamente cualquier Entidad de crédito- (art. 106,3 y 108); y la novedad más importante, la Ley no exige la determinación del tomador, es decir, la persona a favor de la cual se emite el cheque, esto fue debido seguramente al último párrafo del art. 111 (el cheque que, en el momento de su presentación al cobro carezca de indicación de tenedor, vale como cheque al portador).

Junto a estos requisitos esenciales, pueden existir otras "cláusulas potestativas", como la de conformación o certificación del cheque por el librado (art. 110), como hemos visto más arriba, lo cual no es una aceptación.

También el endoso (art. 121 y siguientes); el aval (art. 131 y siguientes), etc.; siempre que no estén prohibidas, como las de aceptación, las de pacto de intereses, las de exoneración de responsabilidad del librador.

No obstante, a pesar de ser el cheque un documento formal, la nueva Ley permite una cierta flexibilidad en sus requisitos esenciales, ello se refleja en su artículo 107:

"El título que carezca de alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente no se considera cheque, salvo en los casos determinados en los párrafos siguientes:

a) A falta de indicación especial, el lugar destinado junto al

49 Idem, página 941

nombre del librado se reputará lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.

b) A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el librado ningún establecimiento, en el lugar donde el librado tenga el establecimiento principal.

c) El cheque sin indicación del lugar de su emisión se considerará suscrito en el que aparezca al lado del nombre del librador".

En base al art. 119, surge la discusión de en que momento habrán de cumplirse estos requisitos. Según indica BROSETA PONT [20]: "El cheque es un título valor de naturaleza cambiaria y por ende formal, lo cual significa que en el momento de su presentación (al pago) debe contener todos los requisitos esenciales exigidos por la Ley" [21].

Como se observará, tal afirmación contradice la tipicidad de la Ley penal, ya que el art. 563 bis-b en su párrafo primero, exige: "El que librare.. sin que en la fecha consignada en el documento exista..", lo cual presupone que los requisitos han de existir al momento de extenderse, negando la posibilidad de los cheques incompletos o en blanco del art. 119 LCCH.

2) Materiales

Son los requisitos intrínsecos, sin los cuales el cheque igualmente es válido como documento mercantil, pero en su contenido sustancial es irregular, al no cumplirse unas condiciones de legitimidad. Al entender de la doctrina éstas son dos: la Provisión de fondos y el Pacto de disposición mediante cheques.

a) **La Provisión de Fondos.** Es en esta cuestión donde surgen los mayores problema y contradicciones con la Ley penal.

Según el art. 108 de la L.C.CH. dice entre otras cosas: "El cheque ha de librarse contra un Banco o Entidad de crédito que tenga fondos a disposición del librador.....El librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de la presentación al cobro de su cheque regularmente emitido está obligado a su pago."

Lo que conlleva dos obligaciones. La primera al librador de

²⁰ Idem, página 642

²¹ En igual sentido Eduardo Galán Corona

tener fondos suficientes; y la segunda al librado, la de pagar el cheque que este debidamente provisionado por el librador.

1) La doctrina mercantilista [82] entiende que el librador ha de tener hecha la provisión de fondos: a) En el momento de la emisión del cheque; y b) Durante todo el plazo legal [83] de la presentación a su pago.

Por el contrario [84] la Ley penal en su art. 563 bis-b 1) tipifica "...sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo".

Con lo que a nuestro juicio, puede existir una contradicción entre fecha de "emisión" (la real) y fecha "consignada" en el documento, pues no necesariamente han de coincidir, con lo cual los cheques antedatados en días que haya habido saldo acreedor no serán delito; y los postdatados habrá de esperarse a que llegue la fecha consignada en el cheque [85], para poder ejercitar alguna acción penal, con lo cual si es pagado en aquella fecha no será delito, y si no es pagado y se demuestra la postdatación, tampoco lo será (según sentencias que he citado más arriba).

En cuanto al segundo momento de la provisión (Durante todo el plazo legal de la presentación a su pago), aunque el mismo parezca que está tipificado en el apartado segundo del art. 563 bi-b, la cuestión es discutible, ya que el texto Penal sólo habla de "impidiendo su pago", sin expresar ningún nexo temporal.

Considerar la penalización durante todo el plazo legal para su presentación, parece algo excesivo con el actual desarrollo

⁸² Vicent Chulia, idem, página 788

⁸³ Según el art. 135 LCCH. "El cheque emitido y pagadero en España deberá de ser presentado a su pago en un plazo de quince días. El cheque emitido en el extranjero y pagadero en España deberá presentarse en un plazo de veinte días si fue emitido en Europa y sesenta días si lo fue fuera de Europa. Los plazos anteriores se computan a partir del día que consta en el cheque como fecha de emisión, no excluyéndose los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuere, se entenderá que el cheque vence el primer día hábil siguiente".

⁸⁴ Según se verá al tratar el tema en el cap. III

⁸⁵ Lo cual se contradice con el contenido del art. 134 LCCH "El cheque es pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se reputará no escrita. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación"

bancario y comercial, pues no se puede exigir al librador [56] a que lleve un control individualizado de cada cheque durante el plazo legal de pago (15 días en España), so pena de bloquear sus fondos con una retención, cosa que se deja potestativamente tanto al librador como al tenedor, según el art. 110 [57].

Por otra parte, en la Ley penal no se exige la "provisión", sino tan sólo se habla de "disponibilidad", por lo cual se puede entender como fondos tanto los del propio librador, como los facilitados por el librado (sin perjuicio del reembolso posterior de su importe por parte del librador) [58].

2) Para la doctrina mercantilista, la creación de un cheque a de tener como base la provisión de fondos del librador en poder del librado, lo cual se obliga a éste a pagarlo, en base al contenido del art. 108 LCCH. [59].

Al estar prohibida la aceptación del cheque por parte del librado (art. 109). Esta obligación se podrá conseguirse de dos formas:

Por la vía de la conformidad del art. 110 que dice: "El librador o tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco o librado que preste su conformidad al mismo. Cualquier mención de 'certificación'... El librado retendrá la cantidad necesaria para el pago del cheque a su presentación hasta el vencimiento del plazo fijado en la expresada mención o, en su defecto, del establecido en el art. 135. La conformidad deberá expresar la fecha y será irrevocable".

56 Según expondré en los epígrafes III 2) y III 1) de los capítulos Tercero y Cuarto.

57 Dice: "El librador o el tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco o librado que preste su conformidad al mismo".

58 Tesis apoyada por GARRIGUES; idem; 946. Según este autor: "Para que existan provisión, lo fundamental es que el pago del cheque tenga una 'cobertura'. La cobertura es causa de la provisión y la provisión es la causa económica del cheque, por cuanto al emitir cheques se rescata la cobertura. Es indiferente que la provisión se haya constituido en manos del librado antes o después de la emisión del cheque".

59 Cuando nos referimos a ésta obligación del librado, está claro que no se trata de una obligación cambiaria, al igual que el librado que acepta una letra, pues el art. 109 prohíbe que el cheque pueda ser aceptado

O por la vía de la provisión previa del art. 108,2: "El librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de la presentación al cobro de su cheque regularmente emitido, está obligado a su pago. Si sólo dispone de una provisión parcial estará obligado a entregar su importe."

Por esta vía de la provisión, un sector de la doctrina (SANCHEZ CALERO, GALAN CORONA, BALDO DEL CASTAÑO) entienden que dicha obligación del librado, se fundamenta en "una cesión automática de la provisión" al momento de la presentación al cobro del cheque, es decir, el librador cede al tenedor parte de la provisión que se encuentra en poder del librado ⁽⁴⁰⁾.

Lo cual también fundamenta la irrevocabilidad del cheque del art. 138 en favor del Banco librado, durante el plazo legal de presentación (art. 135).

En cambio la doctrina tradicional niega, que entre librado y tenedor exista relación jurídica alguna, y que dicha obligación sólo es frente al librador en base al contrato o pacto de disposición por cheques, en el que el librador da un destino concreto a la provisión, que el librado debe de respetar. Lo que nos trae al análisis de otro requisito material.

b) Contrato de cheques. Como indica VICENT CHULIA ⁽⁴¹⁾: "La simple existencia de provisión de fondos en poder del librado no permite al cliente de un Banco girar cheques. Es necesario un pacto de cheque".

A mi criterio, más adecuado sería decir: de uso del cheque, ya que en realidad no se formaliza un contrato independiente, si no que es accesorio de otro contrato principal (cuenta corriente, depósito irregular, etc.). Firmando sólo el cliente la petición de talonario de cheques y el acuse de recibo del mismo.

Su fundamento se encuentra en el propio art. 108: "El cheque ha de librarse contra un Banco o Entidad de crédito que tenga fondos a disposición del librador, y de conformidad con un acuerdo expreso o tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheques de aquellos fondos".

⁴⁰ Su fundamento se basa en el art. 69 LCCH: "Si el librador, mediante cláusula inserta en la letra, declara que cede sus derechos referentes a la provisión, éstos pasan al tenedor. Notificada al librado la cesión, éste únicamente puede pagar al tenedor debidamente legitimado, contra entrega de la letra de cambio!"

⁴¹ Idem, página 788

Según GARRIGUES [42], el pacto por el cual se permite retirar fondos por medio de cheques al librador, pertenece a la categoría de contratos de gestión.

Dicho pacto también tiene su importancia, en cuanto al riesgo que asumen las partes, pues el art. 156 responsabiliza a las mismas por el mal uso que hagan del cheque: "El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiera procedido con culpa"

V) ALGUNOS DE SUS ASPECTOS BANCARIOS Y TRIBUTARIOS

Antes de cerrar el estudio del aspecto mercantil del cheque, y sin ánimo de abarcarlo todo (pues ello sería motivo de otra tesis), quisiera mencionar algunos aspectos bancarios y tributarios que me parecen de interés en relación con este trabajo.

Entre ellos quisiera citar en primer lugar: la presentación al cobro y su problemática, la posibilidad de pedir conformidad telefónica, la mecánica del truncamiento de cheques y sus devoluciones; y en un segundo lugar: el impago, el protesto del cheque, así como la eficacia de los timbres tributarios.

Todo lo cual nos dará una visión global del cheque como documento o bien material, cuya comprensión nos permitirá ver en el próximo capítulo, el fundamento jurídico penal existente para la creación del delito de cheque en descubierto.

1) La Presentación

Como ya se ha indicado, según el art. 135 LCCH: el cheque debe de presentarse al cobro dentro del plazo legal de los 15 días naturales, si es emitido y pagadero en España. El cheque emitido en el extranjero y pagadero en España deberá de presentarse en el plazo de 20 días, si fuera emitido en Europa, y sesenta días si lo fue fuera de Europa.

Dichos plazos han de contarse a partir de la fecha de emisión de cheque, no excluyéndose los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuere, se entenderá que el cheque vence el primer día hábil siguiente.

El lugar de pago será el del librado (Banco o Caja de Ah).

⁴² Joaquín Garrigues, *idem*, pág. 953

Además hay que tener muy en cuenta, que el cheque es un documento pagadero a la vista, pues cualquier mención contraria se reputará no escrita, según dice el art. 134. LCCH.

Si por la Ley Cambiaria se entiende que el cheque es sólo un "medio de pago", es lógico que la **postdatación** [⁶³] sea algo ajeno a la naturaleza del mismo, pues dicho documento nace vencido [⁶⁴], con lo cual los cheques de fecha avanzada y presentados al cobro antes de la misma y son impagados, no serán delitos, así lo viene entendiendo la jurisprudencia en numerosas sentencias: 18-1-84; 8-2-84; 15-2-84 [⁶⁵]; 24-2-84; 21-1-85; 14-3-85; 21-5-85; 10-7-85; 25-3-86; 28-11-86 [⁶⁶]; 15-9-87; 4-12-87.

Como veremos más adelante al hablar del impago, el no hacerlo dentro de estas fechas, trae sus consecuencias jurídicas.

Otras consecuencias importantes de los plazos legales, está en la **irrevocabilidad** del cheque. Según el art. 138: "La revocación de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación" [⁶⁷].

Lo cual de ser estrictamente así, no dejaría de causarse una

⁶³ Tema que se trata con más amplitud en el cap. III

⁶⁴ Vicent Chulia, *ide*, pág. 788

⁶⁵ CDO. "Que frente a estas figuras normales que integran el delito, se levantan las patológicas o anormales del cheque y que surgen: cuando el tomador sabe la falta de cobertura del cheque; pese a ello lo acepta como prueba de garantía de una deuda, ya que entonces sólo se usa como promesa de pago ulterior. Ello supone que las partes, al antedatar o postdatar el cheque, incertando consciente y voluntariamente una fecha diferente a la del libramiento, convienen en desnaturalizar su esencia propia, convirtiéndolo, como antes se expresa, en instrumento de crédito, propio de otros documentos mercantiles, como es el caso de la letra de cambio".

⁶⁶ CDO.2 "Es doctrina de esta Sala que el cheque deja de tener protección penal cuando, perdida su función propia, se usa con finalidad coactiva de garantía del pago ulterior -sentencia de 14-3-85- como acaece cuando existe notable distancia temporal entre la fecha de emisión del cheque y la estampada en él, ya que de instrumento de pago pasa a ser instrumento de crédito; la punición equivaldría a vivificar la fenecida "prisión por deudas" -sentencias 18-1-84 y 21-1/ 21-5-85-."

⁶⁷ Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración de ese plazo. Sigue diciendo el art. 138.

cierta cantidad de lesiones para el librador [46], para ello el propio art. 138 en su parte final dispone: "En los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago". [47]

Sin embargo, este párrafo final del art. 138 es criticado por la doctrina mercantilista, al entender que crea una brecha para la revocación.

En mi opinión, no debe de olvidarse que el cheque nace en virtud de una relación causal preexistente, la cual en caso de incumplimiento de la misma, sería justo que ello diere motivo para la revocación, salvo de hubiese un tenedor de buena fe por el medio. Por otra parte, hay que tener en cuenta que el art. 141 obliga al librado a comprobar la regularidad en la serie de endosos, lo cual da pie a mi entender, a que el tenedor de mala fe no tenga derecho de exigir la irrevocabilidad del cheque.

a) **Cheque conformado telefónicamente.** Aunque la conformidad telefónica no este regulada en la Ley Cambiaria, ya que el art. 110 exige que la conformidad o visado sea "firmado" por el librado en el cheque, es de resaltar que para la seguridad del tráfico mercantil, la Banca privada en junio de 1980 creó una serie de normas y procedimientos bancarios para "La Conformidad Telefónica de Talones", dicha normativa tenía carácter vinculante entre los Bancos y Cajas cuando se tratase de talones de cuantía inferior a 300.000 ptas.

Dicho procedimiento interbancaria tiene gran auge entre los usuarios de los Bancos y por los propios Bancos, ya que incluso el propio librado puede solicitar la conformidad, cuando los abonos en cuenta de cheques de sus clientes no sean de confianza (en prevención de "ruedas de cheques", posibles estafas, obtener descubiertos, etc.), con lo cual la seguridad del tráfico mercantil está, a nuestro entender, lo suficientemente cubierta, pues cualquier tenedor que tenga cheques ductosos en sus operaciones comerciales, puede solicitar a través de su Banco la conformidad de tales cheques, la cual es al instante en cuanto al resultado positivo o negativo.

Actualmente el Consejo Superior Bancario (órgano de coordinación y arbitraje entre la Banca) tiene formuladas unas normas reglamentarias para este procedimiento, que dicen:

46 Cuestiones que trato en el cap. III, epígrafe III, 2)

47 Cuestión que se relaciona con el art. 154: "En los casos de extravío, sustracción o destrucción de un cheque, el tenedor desposeído del mismo podrá acudir ante el Juez..."

"La conformidad de cheques desde 50.000 pesetas hasta 1.000.000 de pesetas, sin superar en el mismo día y entre las mismas oficinas ese mismo límite global por cada librador, obliga al Banco librado a responder del abono del documento en el momento en que lo reciba, sin posibilidad de exonerarse de esta obligación cuando se hayan cumplido los requisitos que se detallan más adelante y el cheque y las firmas del librador sean auténticas. Esta responsabilidad es independiente de la posibilidad o imposibilidad para el Banco librado de cargar el importe en la cuenta del librador y del hecho de que en el momento en que se reciba el documento o el apunte correspondiente (truncamiento del cheque), exista saldo suficiente o no. Por tanto, la conformidad dada no será vinculante para el Banco librado, cuando la peticionaria no haya tenido en cuenta los límites del importe, oficina y librador, antes citados". [70]

Para que la conformidad vinculante obligue al Banco librado, deberán de cumplirse una serie de requisitos. Uno de ellos es que la conformidad se solicite dentro del plazo de irrevocabilidad del cheque, visto anteriormente (art. 135).

Para dicha operación se crearon unos libros registro de conformidades dadas o recibidas respectivamente según el caso, los cuales llevan un código control de referencia para acreditar la autenticidad de las mismas.

Para mayor seguridad de dichas conformidades vinculantes y evitar riesgos innecesarios, los Bancos pueden proceder al adeudo en firme en la cuenta del librador del importe de dichos cheques, con la inserción en las mismas cuentas de "un aviso precautorio en función del número de cheque", en cual será revisado si pasado 10 días el documento no llega a la sucursal, o es compensado por el sistema de truncamiento, el cual veremos a continuación..

Al igual que hemos visto al hablar de los cheques certificados, si el cliente es de confianza para los Directivos de la sucursal, el adeudo no se producirá hasta la imputación física del documento, siendo entonces suficiente con la simple retención en la cuenta del cliente del importe del cheque conformado, lo cual le permite tener disponibilidades para otros cargos que se produzcan y la percepción de intereses, salvo que el valor de adeudo sea el mismo que el día de la conformidad.

Es de señalar, que por éste servicio el Banco o Caja puede cobrar al tenedor/cedente una comisión adicional de 550 ptas. por documento que se solicite la conformidad, aunque en realidad son las menos las ocasiones en las que se cobra dicha comisión. Al igual que en los cheques certificados, la cumplimentación de conformidad del art. 110 de la Ley Cambiaria, el Banco o Caja

70 Fuente: Banco Español de Crédito SA. (BANESTO) 17-8-90

puede percibir una comisión del 1 por mil, con un mínimo de 400 ptas. por documento [71].

b) **Truncamiento.** Llamado también "Intercambio de Cheques y/o Pagarés de cuenta corriente en Soporte Magnético o mediante Interconexión de Ordenadores". Este sistema viene funcionando en la Banca desde el año 1.983, el cual está regulado por el "Convenio sobre Truncamiento de Cheques y Pagarés" y sus "Especificaciones Técnicas y Operativas", que son suscritos por los Bancos y Cajas en el momento de su adhesión a dicho sistema.

Dicho Convenio se encuentra igualmente homologado por las normas del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (S.N.C.E.), que regulan el intercambio de información mediante la interconexión de ordenadores en Centros de Procesos de Datos, conocidos por las siglas C.P.D.

Por circular 18/91 del Consejo Superior Bancario (C.S.B.) del 8 de febrero de 1.991, se redactó un nuevo Convenio para adaptar las disposiciones legales vigentes a dicha operativa, en la determinación de responsabilidades de dichos usuarios (Bancos y Cajas adheridos al sistema).

Con dicho sistema se consigue: Primero que el cheque que es truncado hoy, mañana a primera hora ya está cargado en la cuenta del cliente, o si no es conforme se devuelve el cargo, con lo que el librador puede saber en dos días si un cheque es conforme o no, suponiendo que no desee la conformidad escrita o telefónica antes apuntadas.

Segundo, los documentos no tienen necesidad de ir de un sitio a otro, de la Entidad tomadora a la Entidad librada, con lo que se gana en rapidez y seguridad del tráfico mercantil.

En dicho sistema la Entidad tomadora responde: [72]

-De "la garantía e identificación del cedente del documento".

-De "la existencia del documento y de que éste se ajusta tanto a la legislación vigente como a la normalización interbancaria establecida".

-De "que el documento carece de defectos de forma y, principalmente, en lo relativo: No hallarse prescritas las acciones cambiarias y judiciales extracambiarias contempladas en

71 Fuente: Banco Español de Crédito (BANESTO) 10-1-91

72 Fuente: Banco Español de Crédito SA. (BANESTO) 27-5-91

la Ley [73]; La legitimación del cedente: de que el documento este correctamente timbrado; estar debidamente firmado por el librador; no tener rectificaciones o enmiendas indebidas, etc._

-De "la fidelidad en los datos de los documentos aportados".

-Del "depósito y custodia de los documentos truncados durante un plazo mínimo de garantía".

-De "la no inclusión por el sistema de nuevas presentaciones de documentos ya reusados, o con orden de protesto, o endosados".

-De "la entrega a la Entidad librada, del original o reproducción del documento según lo solicitado por la Entidad librada". Por presunto extravío/robo; comprobación de firmas; presunto documento irregular; etc...

-De "la no presentación de Pagarés con fecha de vencimiento posterior a la fecha de compensación".

-De "la obtención de fotocopia del documento, por anverso y reverso, en los casos de pago parcial, previamente a la devolución a su cliente".

-De "la conservación durante un plazo mínimo, de la información correspondiente a los documentos truncados presentados por el Sistema".

El límite del importe por cheque o pagaré que es admisibles por este Sistema, será de 2.000.000 ptas. a partir del 3-6-91.

Dicho Sistema hoy en día se encuentra amparado por el art. 137 de la Ley Cambiaria: "La presentación a una Cámara o sistema de compensación equivale a la presentación al pago".

En cuanto a la eficacia del documento, recuérdese lo que dice el art. 139: "Ni la muerte del librador ni su incapacidad ocurrida después de la emisión alteran la eficacia del cheque".

Es de señalar que la Banca en general, puede percibir por el servicios de compensación una comisión del 1 por mil sobre el nominal del cheque (mínimo 100 ptas), y por la devolución en caso de impago del 10 por mil sobre el importe nominal no pagado (mínimo 550 ptas.), siendo documentos sobre la propia plaza. Y si la plaza es distinta, entonces por la negociación se podrá percibir una comisión del 2 por mil sobre el nominal del cheque

73 Según el art. 157: "Las acciones que corresponden al tenedor contra los endosantes, el librador y los demás obligados prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación.."

(mínimo 250 ptas.), y por la devolución en caso de impago del 20 por mil sobre el importe nominal no pagado (mínimo 600 ptas.) [74].

Aunque el cobro de dichas tarifas no se lleva rigurosamente, dependiendo en gran parte de la clase de cliente, su volumen de negocio, sus cuentas de pasivos (ahorro, consignaciones, saldos medios, etc.), la competencia en la localidad, los beneficios de la propia sucursal, la apreciación subjetiva del personal Directivo, etc.

2) El Impago

El impago es la no atención por parte del librador de la obligación de pago al tenedor.

Según señala GARRIGUES [75]: "Lo normal es que librador y tomador se encuentren antes de la entrega del cheque ligados por una relación causal que imponga un pago en dinero y que el cheque sea emitido como medio de cumplimiento de esa obligación".

Lo cual no supone que con dicha entrega del cheque se extinga la deuda de dinero, pues como señala el art. 1.170 del Cód. Civil: "La entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados..". En caso contrario, estaríamos según dicho autor ante una dación en pago.

Pues bien, con el impago del cheque, independientemente de la **acción penal** que nace del art. 563 bis-b C.P., por el simple hecho de existir en el tráfico mercantil un cheque sin fondos [76], también existen unas **acciones cambiarias**, las cuales se estudiarán en otro capítulo.

Acciones cambiarias a las que el deudor (librador) podrá oponer las excepciones personales que tenga contra el tenedor, en virtud del art. 128 y 67 en relación del art. 153 de la Ley Cambiaria y del Cheque.

Aunque lo que aquí nos interesa reseñar son, las consecuencias inmediatas del impago. Y según el art. 146 LCCH son: "El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y los demás obligados cuando, presentado

⁷⁴ Fuente: Banco Español de Crédito SA. (BANESTU) 10-1-91

⁷⁵ Joaquín Garrigues, idem, pág. 958

⁷⁶ Otra cuestión es como se demuestra que el cheque es sin fondos. Lo que yo llamaré "consumación" del delito: el impago.

el cheque en tiempo hábil, no fuera pagado siempre que la falta de pago se acredite por alguno de los medios siguientes: a) Por protesto notarial; b) Por una declaración del librado, fechada y escrita en el cheque, con indicación del día de la presentación. c) Por una declaración fechada de una Cámara o sistema de compensación, en la que conste que el cheque ha sido presentado en tiempo hábil y no ha sido pagado. El tenedor conserva sus derechos contra el librador, aunque el cheque no se haya presentado oportunamente o no se haya levantado el protesto o realizado la declaración equivalente. Si después de transcurrido el tiempo de presentación llegare a faltar la provisión de fondos en poder del librado por insolvencia de éste, el tenedor perderá tales derechos".

Lo que nos viene a decir dicho artículo, es que el cheque presentado fuera de su plazo legal (art. 135) se perjudica, es decir, al no presentarse el cheque en el **plazo de pago**, el tenedor pierde los derechos contra los endosantes y avalistas, y también los perdería contra el librador si el librado viniera en quiebra o suspensión de pagos, con lo que se puede concluir que el realizar el cobro dentro del plazo legal tiene mucha importancia. A pesar de que el art. 138 nos diga, que si el cheque no se ha revocado, el librado igualmente puede pagar al tenedor aun después de la expiración de dicho plazo. Lo que es una práctica muy habitual.

Por otra parte el impago, también trae como consecuencia necesaria lo que se menciona en el art. 149: "El tenedor puede reclamar de áquel contra quien se ejercita su acción. 1) El importe del cheque no pagado. 2) Los réditos de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del cheque calculados al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos. 3) Los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones. 4) El 10 por 100 del importe no cubierto del cheque y la indemnización de los daños y perjuicios a que se refiere el último párrafo del art. 108 cuando se ejercite la acción contra el librador que hubiera emitido el cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado".

Es de resaltar, que todo ello también produce sus efectos por el **impago parcial** del cheque. Ya que según los art. 108,2 y 140 LCCH, el librado tiene la obligación de entregar la parte de la provisión existente hasta cubrir en lo que se pueda del importe del cheque, así como del tenedor de admitir dicho pago, pero de lo impagado igualmente surgen las acciones mencionadas.

Según circular núm. LXXIX/85 del 29-11-85 del Consejo Superior Bancario, dicho impago parcial debe acreditarse en el cheque con la siguiente norma:

"Los cheques pagados parcialmente a devolver al presentador, llevarán estampado mediante sello de caucho al efecto, en el

anverso del documento y preferentemente en la zona izquierda, entre el campo de serie y número del cheque y la banda reservada para la inscripción magnética, la siguiente anotación:

PAGADO POR PTAS. _____
DEVUELTO POR PTAS. _____

Si en un principio dicha operativa fue frecuente, en la actualidad, salvo casos concretos, es costumbre devolver el cheque por toda la totalidad, ya que debido a los saldos deudores de las cuentas, el librado autoriza todo su pago o no. [77]

a) **El protesto.** Según URÍA [78]: "El protesto es un acto que acredita frente a todos la falta de pago" del documento. Dicho acto se practica ante el Notario público de la plaza de pago, dando dicho fedatario el carácter de fe pública al impago.

Dicho acto para BROSETA PONT [79], produce cinco funciones: "a) Acredita la negativa de pago por parte del Banco librado; b) Probar fehaciente el contenido del cheque en el momento del protesto; c) Cumplir un requisito indispensable para que el tenedor pueda ejercitar la acción ejecutiva contra los endosantes (o avalistas); d) Permitir que el Banco librado manifieste fehacientemente las causas de su negativa de pago; e) Hacer posible que el librador comparezca ante el Notario y ofrezca el pago".

Ahora bien, el protesto en el cheque no tiene tanta importancia como en la letra de cambio, pues como hemos visto y según el art. 146,2, el tenedor no pierde la acción de regreso contra el librador aunque no se proteste el documento. También es de resaltar que el librado no entra dentro de la relación cambiaria, salvo que hay conformado el cheque, por lo cual en general no existe acción cambiaria contra él.

Según el art. 147: "El protesto o la declaración equivalente (vistas en el art. 146) debe de hacerse antes de la expiración del plazo de la presentación. Si la presentación se efectúa el último día del plazo, puede hacerse el protesto o la declaración equivalente en los dos días hábiles siguientes. Serán aplicables al cheque, en tanto no sean incompatibles con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio contenidas en los art. 51 a 56 sobre el protesto, deber de comunicación y la cláusula 'sin gastos' o 'sin protesto'".

⁷⁷ El pago parcial fue introducido en nuestra legislación por influencia del Código Suizo de las obligaciones.

⁷⁸ Rodrigo Uría, *idem*, pág. 784

⁷⁹ Manuel Broseta Pont, *idem*, pág. 648

Como se indica en el art. 51: "La falta de aceptación o de pago deberá hacerse constar mediante protesto levantado conforme previene el presente capítulo. Producirá todos los efectos cambiarios del protesto la declaración que conste en la propia letra, firmada y fechada por el librado en la que se deniegue la aceptación o el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Cámara de Compensación, en la que se deniegue el pago, salvo que el librador haya exigido expresamente en la letra el levantamiento del protesto notarial.... El protesto por falta de pago de una letra, o desde la vista, deberá hacerse en uno de los cinco días hábiles siguientes al del vencimiento de la letra de cambio.."

Como se observa, el protesto notarial hoy en día pasa a ser la **excepción**, siendo la regla la declaración de equivalencia del librado (o Cámara de comp.), con lo que se agilizan los derechos cambiarios del tenedor, al ser el cheque título ejecutivo.

Siendo además importante el dato ^[80], de que en las devoluciones del cheque, el librador en muchas ocasiones llega a enterarse de la devolución del documento con posterioridad, pues si no es con el protesto notarial, nadie tiene la obligación de comunicarle el impago, lo que ocasiona que muchos impagos se deban a la falta de atención al cliente por parte de algunos librados, sin contar por supuesto por la falta de fondos del librador.

Los **efectos de la cláusula "sin gastos"**, son distintos según quien la establezca, como indica URÍA ^[81], si es el librador "producirá sus efectos en relación a todos los firmantes" del cheque; si son los endosantes o avalistas, sólo "causará efecto con relación al endosante o avalista" que hayapuesto la cláusula, pero no frente a los demás firmantes si los hubiere. Para conservar los derechos hacia estos firmantes será necesario el protesto, según art. 56 LCCH.

Es de resaltar que se admite el pago con posterioridad al protesto, ya que según la L.C.CH. (art. 53) : "El Notario retendrá en su poder la letra sin entregar ésta ni testimonio alguno del protesto al tenedor hasta las catorce horas del segundo día hábil siguiente al de la notificación. Durante ese tiempo y en horas de despacho podrán los interesados examinar la letra en la Notaria y hacer manifestaciones congruentes con el protesto. Si éste fuere por falta de pago y el pagador se presentare en dicho plazo a satisfacer el importe de la letra (el cheque y pagaré) y los gastos del protesto, el Notario admitirá

⁸⁰ Según se verá al hablar de las causas de ausencia de culpabilidad y punibilidad, cap. IV y VI

⁸¹ Rodrigo Uría, *idem*, pag. 787

el pago, haciéndole entrega de la letra con diligencia en la misma y en el acta de haberse pagado y cancelado el protesto".

La nueva LCCH. introdujo importantes cambio en la operativa bancaria, ya que según la circular LXXIX/85 del 29-11-85 del Consejo Superior Bancario se instruyó de la siguiente norma:

"La falta de pago de los cheques regulados por la Ley, no extendidos de conformidad con lo redactado en el art. 56, es decir, con la cláusula de 'devolver sin gastos' 'sin protesto' o cualquier otra equivalente escrita y firmada expresamente, habrán de ser objeto de protesto notarial o declaración equivalente, según el siguiente esquema:

- Con orden de protesto Notarial. Al Notario
(los que lleven esta cláusula debidamente firmada)
- Sin Gastos. Devolución al tenedor
(los que lleven esta cláusula o equivalente debidamente firmada)
- Resto de Cheques
(los no comprendidos en los apartados anteriores)
 - a) Endosados a favor de persona. Declaración
física o jurídica sustitutiva protesto
 - b) No endosados. Devolución al tenedor

Aunque los cheques "no endosados" debieran ser objeto de Declaración sustitutiva del protesto, se entiende que, al conservar el tenedor la acción ejecutiva contra el librador, de conformidad con el contenido del art. 146, es innecesaria su realización.

Por otra parte, al tratarse del mayor volumen de cheques en circulación, la materialización de la Declaración originaría grandes problemas operativos.

La Declaración sustitutivas del protesto, que corresponda realizar en todos aquellos cheques cuyo pago haya sido denegado, se consignará en el reverso del documento, de acuerdo con la siguiente fórmula:

EL BANCO LIBRADO DECLARA, A LOS EFECTOS DEL ART. 146 DE LA LEY 19/1.985 QUE, PRESENTADO ESTE CHEQUE EL DIA_____, NO HA SIDO PAGADO.

_____de_____de_____
BANCO_____
Firma:

En el caso de que el cheque hubiere sido pagado parcialmente, la fórmula a utilizar será la siguiente:

EL BANCO LIBRADO DECLARA, A LOS EFECTOS DEL ART. 146 DE LA LEY 19/1.985 QUE, PRESENTADO ESTE CHEQUE EL DIA_____, NU HA SIDO PAGADO POR FESTAS_____
 _____de_____de_____
 BANCO_____
 Firma:_____

La Declaración sustitutiva del protesto, será efectuada por la Entidad librada. En consecuencia y por el momento, los cheques "endosados a favor de persona física o jurídica" quedan excluidos del sistema de intercambio en soporte magnético, al igual que los cheques "con orden de protesto notarial".

b) La eficacia de los timbres. Según indica CALAVIA MOLINERO [82], para efectos fiscales, serán grabados los documentos que realicen una función giro (letras, pagarés, cheques, etc.)

En consecuencia, la normativa aplicable al cheque cuando se libra "a la orden", es el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados del 30-12-80, y por el Reglamento del Impuesto del 29-12-81.

En el art. 44,2 del Reglamento antedicho, se formula una relación de los documentos que realizan una función de giro, en referencia al cheque son: "b) Los cheques cuando sean a la orden o cuando la Entidad crediticia libradora ordene su pago a otra Entidad situada en plaza distinta. c) Los talones cuando sean a la orden o cuando se expidan en plazas distintas a aquella donde se encuentra situada la cuenta contra la que se libra".

En definitiva, según señala dicho autor [83]: "Sólo tributan los cheques que contengan cláusula de "a la orden", y los que supongan una remisión de fondos de un lugar a otro". Por ejemplo, el librador que extiende un cheque suyo de otro Banco de distinta población de la que se le abona el referido cheque.

El sujeto pasivo será naturalmente el librador, y la base imponible será el importe nominal del cheque. Determinando dicho Reglamento, la escala en cascada por la cual se sabrá el valor de los timbres correspondiente. Por ejemplo un cheque de entre 500.000 ptas. y 1.000.000 ptas, los timbres a pagar serán 2.800 ptas., dichas escalas serán revisables por el Estado.

⁸² José Manuel Calavia Molinero y otro: "El Cheque", editorial Praxis, página 521

⁸³ José M. Calavia Molinero, idem, pág. 526

Según indica el art. 48,2 del Reglamento aludido, en relación al art 37,2 del Texto Refundido, la eficacia de los timbres en el cheque será pues, la de darles fuerza ejecutiva cuando se cumplan las condiciones de función de giro antes apuntadas. (distinta plaza, y cheques a la orden).

En resumen "Cuando un cheque sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados no esté debidamente reintegrado con timbres móviles de acuerdo con la escala de tributación señalada en el art. 37 del Texto Refundido, no tendrá eficacia ejecutiva en juicio, aunque tendrán la validez como cheques si reúne los requisitos legales" [84].

No obstante en la práctica Bancaria, dicho elemento de los timbres no suele tenerse muy en cuenta, pues en caso de impago y de tenerse que ejercitar las acciones cambiarias correspondientes en dicho tipo de cheques, son los propios Abogados o quienes sean, los que se encargan de completar a posteriori todos los elementos necesarios para poder ejecutar dichos documentos. Por lo cual, hay muchos cheques de giro o a la orden que circulan no estando timbrados.

⁸⁴ José M. Calavia Molinero, *idem*, pág. 534

CAPITULO TERCERO

EL DELITO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

EL DELITO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO

De entre las figuras penales que se contienen en la parte especial del Derecho penal, pocos delitos como el de la presente tesis han tenido una polémica doctrinal tan vivaz desde su aparición, tanto a favor de su permanencia dentro del Código Penal (aunque modificado en varias ocasiones), como en contra de la misma.

Sirva como ejemplo **en favor** de su protección penal las palabras de CUELLO CALÓN [1]: "El cheque instrumento de pago, que hoy casi llega a asumir el rango de verdadera moneda.... Si la confianza en el cheque se quebranta, disminuye su circulación y cesan por consiguiente las considerables ventajas económicas que origina..... Por esta razón yo propugno tipificar como delito el hecho de dar en pago un cheque sin provisión, o con provisión insuficiente, aún sin la concurrencia del ánimo de defraudar éste, caso de existir, debe ser estimada como causa de agravación de la pena".

En cambio **en contra** de su protección penal, sirvan como ejemplo las palabras de QUINTANO RIPOLLÉS [2]: "Basta y aún quizá sobran, los caminos para incriminar el acto de emitir o negociar cheques no provistos de fondos o con provisión insuficiente, sin los graves riesgos que una tipicidad específica entrañaría, entorpeciendo por su rigidez la libre individualización judicial que los preceptos en vigor permiten... Calcúlese los trastornos que ocasionaría el erigir este percance en delito público y enviarse por los Bancos el aviso no al librador, sino el Juzgado de guardia, como debiera ser tratándose de un delito, al que corresponde inmediato deber de denuncia".

Para tomar partido en ello, debemos tener en cuenta en primer lugar, que la misión primordial de cualquier delito, es en definitiva la de prevenir con una amenaza legal el comportamiento tipificado en el mismo como algo injusto.

Para lo cual se hace preciso saber ¿Qué es lo injusto? [3]
¿Dónde está su límite?.

¹ Eugenio Cuello Calón: "La Protección Penal del Cheque", editorial Bosch, página 7 y 25

² Quintano Ripollés: "En torno al cheque sin provisión" p97

³ Pregunta que se abordará con profundidad en el cap. III

Como indica el profesor CEREZO MIR [4]: "El legislador debe de evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir, el castigo como delito de conductas cuya relevancia cultural o ético-social sea escasa... Sólo se debe de acudir a la pena, según la opinión dominante en la doctrina moderna, cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica".

En consecuencia, la tutela Penal se produce cuando se ha demostrado la ineficacia de otras ramas del Derecho. Lo que fundamenta el criterio, de que el entrar dentro de la esfera Penal es una "ultima ratio".

Es decir, dentro del mundo del Derecho, la rama Penal, solamente debería de castigar como delitos a las infracciones más graves de las normas de la Ética Social [5], en un tiempo y espacio determinado, en base al principio de la "intervención mínima".

Principio recogido tanto por la doctrina [6] como por el criterio de colectivos profesionales de Jueces y Magistrados; así como en la misma propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983; y según también reza el preámbulo de la L.O. 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Cód. Penal (BOE, núm. 148 del 22-06-89).

Sin embargo como hemos visto en su lugar [7], dicho principio de por sí deviene insuficiente para delimitar el ius puniendi de un Estado, para su concreción hace falta además, la referencia al principio de **protección de los bienes jurídicos**

O sea, saber cuales son los valores fundamentales de un sistema social. En nuestro caso concreto, saber ¿Qué es lo que se está protegiendo?.

Para ello tendremos que dilucidar dos cuestiones. El objeto del bien material de este delito, el cual ya ha sido tratado en el capítulo anterior. Y el bien jurídico que se tutela, cuestión que intentaré desarrollar en este capítulo.

Pero antes de entrar a valorar la conveniencia social de un delito, hemos de partir de un conocimiento previo del concepto mismo sobre lo que entendemos por delito, para a partir de ahí,

* José Cerezo Mir, idem, pág. 22

5 José Cerezo Mir, idem, pág. 18

6 Ver en Derecho Penal P.G. de F. Muñoz Conde

7 Introducción. Cuestiones Preliminares: II)

ver que evolución legislativa ha tenido dentro del ordenamiento jurídico de dicha sociedad el delito en cuestión, para concluir delucidando cual es el bien jurídico que está amparado en su antijuricidad, es decir, lo que justifica su tipicidad dentro de la parte especial del Derecho penal.

Por eso una de las razones de la presente tesis, es de ver si el delito del cheque el descubierto del artículo 563 bis-b, cumple hoy en día con esas exigencias, pues en caso contrario, su razón de ser dentro de las figuras delictivas del Código Penal se vería en entredicho. Esto es lo que haremos en este capítulo.

1) SU FUNDAMENTO JURIDICO PENAL

Sobre el delito, según señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [9], existen diferentes formas en la doctrina para definir al mismo, éstas se han basado más en las características materiales del concepto, que en su formulación legal.

Dichos autores efectúan una clasificación entre definiciones "sustanciales" [9]; "formales" [10]; y "mixtas" [11]

* M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón: "Derecho Penal. Parte General", editorial Tirant lo Blanch, página 173

9 En las primeras la definición de CARRARA: "La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

También la definición de GAROFALO sobre el delito natural

10 Entre las segundas podemos citar las de VON LISZT: "Acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena"

MEZGER: "Acción típica, antijurídica y culpable".

DELITALA: "Un hecho humano, antijurídico y culpable".

ANTOLISEI: "Todo hecho al que el ordenamiento jurídico enlaza como consecuencia de una pena."

11 Y en tercer lugar, entre otros, las de WELZEL: "Acción contraria a la comunidad, de la cual es responsable el autor con su personalidad".

BETTIOL: "Todo hecho humano lesivo de intereses penalmente tutelados, del cual se puede dirigir reproche a su autor".

La **definición** del delito propuesta por dichos autores es: "Hecho humano típicamente antijurídico, culpable y punible" [12].

Para MUÑOZ CONDE [13], recogiendo los postulados de GALLAS, el concepto material del delito en el Derecho Penal positivo, descansa sobre tres pilares: "El desvalor de la acción; el desvalor del resultado; y la reprochabilidad a su autor".

Según CEREZO MIR, el delito desde un punto de vista material es: "Una conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y constituye una grave infracción de las normas de la Ética social o del orden político o económico de la sociedad" [14].

RODRIGUEZ DEVESA defenia el delito desde dos perspectivas: 1) en sentido **formal** "Delito es la acción penada por la ley" y 2) en sentido **material** "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable, a la que se señala una pena" [15].

Por mi parte creo, que con el actual artículo 1,1 C.P. se pueden extraer casi todas las características de una definición jurídica de lo que son los delitos o faltas, pues si lo vamos desmenuzando llegamos a las siguientes conclusiones:

- 1) Los delitos o faltas son "acciones y omisiones humanas". ACCION
- 2) Los delitos o faltas son acciones y omisiones humanas "dolosas o culposas". CULPABILIDAD
- 3) Los delitos o faltas son acciones y omisiones, dolosas o culposas "tipificadas por la Ley". TIPICIDAD
- 4) Los delitos o faltas son acciones y omisiones, dolosas o culposas, tipificadas por la Ley y "que tienen señaladas unas penas". PUNIBILIDAD

Con lo cual en mi opinión, se puede formar el siguiente **concepto jurídico del delito**: >>Son delitos o faltas las acciones y omisiones humanas, dolosas o culposas, tipificadas por la Ley (lógicamente antijurídicas) y que tienen señaladas unas penas<<.

¹² Cobo del Rosal y Vives, *idem*, página 175

¹³ Francisco Muñoz Conde: "Introducción al Derecho Penal", editorial Bosch SA., página 31

¹⁴ José Cerezo Mir: "Curso de Derecho Penal Español. Parte General", editorial Tecnos, página 22

¹⁵ José María Rodríguez Devesa: "Derecho Penal Español. Parte General", editorial Gráficas Carasa, página 313 y 316.

Sin embargo para algún sector de la doctrina, entre ellos RODRIGUEZ DEVESEA, el actual art. 1.1 del Código es incompleto para proporcionar una visión de todas las características jurídicas que comprende el delito, siendo necesario acudir a otros artículos del C.F. como el 8, 11, 12 y 18, en especial para explicar la antijuricidad y la culpabilidad.

Con la nueva regulación de la L.O. 8/1983 de 25 de junio, se pone fin a la polémica doctrinal sobre la interpretación del vocablo "voluntarias" del antiguo artículo primero [16].

Con el nuevo art. 1.1, lo que se pretendió bajo un punto de vista legalista, fue el sintetizar la teoría jurídica del delito en nuestro actual derecho positivo; empleando para ello la fórmula: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

Queda claro que tanto el dolo como la culpa forman parte integrante del delito; estando el delito "imprudente" rodeado de los mismos principios que el delito de "dolo" [17].

Sin embargo, con la última reforma 3/1989 de 21 de junio y en base al principio de la "intervención mínima" [18] del Derecho

¹⁶ Según QUINTERO OLIVARES con la reforma 83 se logra además mitigar los efectos de la "responsabilidad objetiva".

¹⁷ G. Quintero, idem, página 280.

¹⁸ Para Fco. Muñoz Conde: "Introducción al Derecho Penal", editorial Bosch, páginas 59 y siguientes. "El Derecho penal sólo debe intervenir en los ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes".

Recogiendo la opinión de MAURACH: "En la selección de los recursos propios del Estado, el derecho penal debe representar la última ratio legis, encontrándose en último lugar y entrar solo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico".

Recogiendo la opinión de MAYER, sobre cuando debe intervenir el legislador para proteger penalmente un bien: "El bien a de tener una triple cualidad 1) Ha de ser merecedor de la protección; 2) Necesitar la protección; y 3) Ser capaz de la protección".

Según el profesor QUINTERO OLIVARES, idem, pág. 292: "Los bienes jurídicos no necesitan ser protegidos en todo caso recurriendo al Derecho penal, si con los medios propios de otras ramas del Derecho puede lograrse suficiente protección. Eso sucede con muchas cuestiones relacionadas con incumplimientos de obligaciones que se tratan como delitos, como materias relacionadas con la protección de la propiedad industrial, la libre competencia, los talones (cheques) y letras de cambio, etc"

penal moderno, el ámbito de aplicación de la norma general básica de la culpa se ha reducido bastante [19], al haber modificado y suprimido algún párrafo del clásico artículo 565.

Tendencia doctrinal que se viene a corroborar con el Borrador de Cód. Penal de 1.990, al contenerse en su art. 9 la definición de delito: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley".

Con puede comprobarse, el ámbito de la culpa se reduce a la imprudencia, siendo para los delitos sólo la "temeraria", pero aun se pretende ir más lejos en dicho Borrador, ya que en su art. 11 se dice: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

Por consiguiente, parece lógico esperar que todas estas posibles reformas de la parte general, habrá de afectar necesariamente a la parte especial del Código Penal, y logicamente que algunos delitos del libro II de dicho Código tendrán que modificarse, sino suprimirse como el art. 563 bis-b

1) Antecedentes del Cheque como Delito en nuestra Legislación

Según lo indica GARRIGUES [20], antiguamente la legislación española no contenía ninguna sanción de la emisión del cheque en descubierto, al igual que los sistemas anglo-americanos. Por tanto eran aplicables para tales casos las disposiciones referentes al delito de estafa o de falsificación.

Existe unanimidad en la doctrina, sobre cual es la primera referencia que tenemos de la tipicidad del cheque en descubierto, ésta fue en el Cód. Penal de 1.928, en concreto en su art. 725 núm 21, dentro de la Sección segunda "Delitos de estafa, chantaje y otros engaños", del Capítulo cuarto "Delitos de Defraudación", del Título XIV "Delitos contra la Propiedad" [21]

En el cual se decía: "Los que con ánimo de defraudar expidieren un cheque o letra sin previa provisión de fondos o después de que la provisión hubiere sido retirada o retirándolos antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro".

¹⁹ Actualmente sólo se contempla a la imprudencia temeraria

²⁰ Joaquín Garrigues: Curso de Derecho Mercantil (tomo II); editorial Imprenta Aguirre; página 948

²¹ Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal"; editorial Bosch; página 1010.

Oscilando la pena entre tres meses hasta doce años, según el valor de la defraudación y otras circunstancias [22].

Según se observa, lo que se tipificó fue la falta de provisión, y la retirada de fondos después de la misma. Siendo de resaltar, que tanto se protegía el cheque como la letra de cambio, no siendo configurados como un delito autónomo, sino como una de las variadas estafas específicas del Código mencionado.

El siguiente dato histórico que nos aparece la penalización del cheque en descubierto es, el art. 2 de la **Ley 16 de marzo del 1.939**, referente a las Cajas Públicas, que admitía el cheque en pago de deudas tributarias, si bien como indica MAJADA [23], se remitía sus penas al delito de estafa cuando el cheque era sin fondos.

Dicho art. 2 decía: "El pago mediante entrega de cheque o talón de cuenta corriente cuando no hubiere en poder del librado provisión bastante de fondos, se considerará comprendido en el núm. 1 del art. 523 del Cód. Penal (de entonces), sancionándose el delito con la pena señalada en el art. 4 del art. 522 de dicho cuerpo legal, cualquiera que sea la cuantía del efecto".

Como puede observarse, la emisión de cheques en descubierto siguió encajándose en los preceptos sancionadores de la estafa.

El delito del cheque en descubierto, cuando realmente aparece tipificado de una forma "autónoma", es con la **Reforma del 28 de marzo de 1.963** (en cumplimiento de lo dispuesto en la Base 13 de la Ley de 23-12-61, para la reforma del C.Penal)

Con dicho decreto se introdujo en el Código Penal, título XIII "De los Delitos contra la Propiedad"; capítulo IV "De las defraudaciones"; la sección 5, bajo la rúbrica: "Del Cheque en Descubierto", el art. 535 bis, que decía:

"El que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente, a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión suficiente de fondos para hacerlo efectivo, será castigado con la pena de arresto mayor o multa del triple al décuplo del importe de aquél. El hecho realizado con negligencia del librador será castigado con multa del tanto al duplo. En ningún caso, la multa será inferior a

²² Gonzalo Quintero Olivares: "El Nuevo Delito de Cheque en Descubierto"; separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia año 1972.

²³ Arturo Majada: "Cheques y Talones de cuenta corriente, en sus aspectos Bancario, Mercantil y Penal"; editorial Bosch; página 256.

5.000 ptas. Cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar, se impondrá la pena en su grado máximo, salvo que correspondiera otra mayor con arreglo al art. 528, en cuyo caso se aplicará ésta solamente" [24].

Dicho artículo contempla según lo señala QUINTANO RIPOLLES [25], tres hipótesis: "La de su último inciso, referida a la defraudación, con relativo reenvío a las disposiciones vigentes sobre la estafa; la de la figura de estructura formal o de mera actividad, del párrafo primero, por el hecho del libramiento a sabiendas del descubierto, y en fin la modalidad culposa, del libramiento por negligencia, prevista en su segundo párrafo".

Tal artículo fue derogado por la Ley 44/1971 de 15 noviembre, que dio luz al art. 563 bis-b, que como señala VIVES ANTÓN [26] con dicho precepto legal se: "intentó prescindir de la naturaleza defraudatoria del cheque y desvincular su punición de la protección del patrimonio individual. Tal tentativa, contraria a la naturaleza misma de las cosas, ha producido una figura atormentada, llena de contradicciones teóricas y prácticas."

La primera redacción del art. 563 bis-b fue como sigue:

"Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 ptas. (posteriormente fue siendo aumentado 10.000/100.000; de 20.000/200.000 y de 30.000 a 300.000 ptas.)

1) El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2) El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3) El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

²⁴ Arturo Majada; idem; pág. 257.

²⁵ A Quintano Ripolles: "Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal"; ed. Revista de Derecho Privado; pág. 787

²⁶ Tomás Salvador Vives Antón: "Derecho Penal" P.E. (junto con otros autores); editorial Tirant Lo Blanch; página 967.

Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el art. 529 núm. 1 de este Código".

Como puede observarse, con dicha nueva tipicidad se establecieron unas **importantes diferencias** en relación con su inmediata anterior del 1.963:

En primer lugar se amplió el marco de la emisión del cheque en descubierto, ya que ahora puede hacerse con cualquier finalidad, en contra de la anterior que sólo podía ser "en pago".

En segundo lugar se crearon dos tipos nuevos: la retirada de fondos con posterioridad al libramiento, y la negociación por parte del tomador a sabiendas de su falta de cobertura.

En tercer lugar se creó la excusa absolutoria, que extingue la responsabilidad penal si el librador hace efectivo el cheque en el plazo de cinco días, constados desde el día del impago.

Y por también, la posible supresión de la comisión culposa de este delito, en base a la Exposición de Motivos de dicha Ley.

Aunque éste último propósito del Legislador no se ha visto cumplido, ya que "la jurisprudencia sigue entendiendo que el delito sancionado en el art. 563 bis-b número 1), puede cometerse tanto por dolo como por culpa 'en virtud de la eficacia general de la fórmula abierta del art. 565', según sentencias del T.S. 27-2-75, 25-9-79, 26-3-80, etc. [27]

2) El Actual Delito del art. 563 bis-b del Código Penal

Actualmente, el delito del cheque en descubierto se encuentra tipificado en el libro II del Código Penal, dentro del Título XIII. "De los delitos contra la propiedad", que contiene entre otros los delitos de: robo; hurto; usurpación; usura; defraudaciones; incendio; daños; etc.

Todos ellos delitos que atentan en mayor o menor grado contra la propiedad. Sin embargo en un capítulo IX bis se insertó el delito "Del cheque en descubierto", lo cual como se verá a lo largo de este capítulo no tiene como fundamento dicho bien jurídico, ni siquiera el del patrimonio.

El artículo 563 bis-b, después de la Reforma Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, ha quedado redactado de la siguiente forma:

²⁷ Juan Ant. Alonso Sama (y otros): "De la Letra de Cambio y del Cheque"; C.E.U. Ramón Areces; página 222

"Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 ptas.

"1) El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento existe a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

"2) El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

"3) El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura."

"No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal, el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cubro.

"Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave".

Referente a dicha última Reforma pienso, que con respecto al art. 563 bis-b no se ha hecho honor a su nombre (Actualización del Cód. Penal), ya que sólo se ha limitado a aumentar la cantidad de la multa, y a suprimir el desfasado último párrafo que en su día no se reformó [26].

Ni siquiera se suprime del texto legal: la palabra "talón", ya obsoleta en el argot mercantilista.

Personalmente creo, que lo introducido en este artículo obedece más a soluciones de "parcheado", que a una voluntad seria de efectuar cambios de acorde con el principio de "intervención mínima".

Quizá el móvil fuera, el accontentar a un "sector" del mundo bancario y financiero, que reivindicaba un mayor endurecimiento de las penas en esta materia. El tiempo les dará la razón o no.

No quisiera terminar este apartado, sin antes hacerme eco de unas afirmaciones del profesor VIVES ANTÓN [27]: "La protección penal del cheque, tal y como se halla instrumentada resulta

²⁶ Tomás S. Vives Antón: "La Reforma penal de 1.989" (junto con otros autores; editorial: Tirant Lo Blanch; página 188: "Precisión innecesaria (aunque no inconveniente) pues tal modo de proceder es el que resulta de la aplicación de la reglas generales que rigen el concurso de leyes".

²⁷ Idem, página 189 (La reforma penal del 1.989)

inútil, disfuncional y contraria a la Constitución; más no se sabe que extraño apego a tan perturbadora figura de delito nace que resulte imposible, no ya conseguir que desaparezca del Código, sino, incluso, ajustarla a mínimos de razonabilidad, como el representado porque se le otorgue la consideración de falta si la cuantía es inferior a 30.000 pesetas."

II) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Como indica BUSTOS RAMIREZ [30]: "lo injusto, y por tanto el delito, giran alrededor del bien jurídico. El bien jurídico determina pues lo injusto y, por tanto el delito; el delito no es sino lo injusto para el ordenamiento jurídico, su contenido está dado por la tipicidad y la antijuricidad".

Como vemos, el bien jurídico se nos representa como el elemento fundamentador del propio delito [31], tanto en su ámbito social, como de la norma jurídica, con el fin de penalizar determinadas conductas que causen daño a un bien jurídico.

Por ello cada sociedad en una época y espacio determinado, elige de entre el "catálogo" de los bienes jurídicos, a los que más se acercan a su programa filosófico-político-criminal, con lo cual se asegura mediante la amenaza de una pena, la protección de aquellos valores que considera imprescindibles para una normal y pacífica convivencia.

Los bienes jurídicos tanto pueden ser sobre una realidad material (la vida), como algo inmaterial (el honor). Tal como lo indica MIR PUIG [32]: "el Derecho penal no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas de una sociedad", es decir, ninguna protección jurídico-penal tendría relevancia en sí misma, si el "valor vida" no se encarnase con la vida real de una persona, lo que igualmente podría aplicarse a los bienes jurídicos colectivos, como la salud o la seguridad del tráfico.

³⁰ Juan Bustos Ramírez: "Manual de Derecho Penal" PG; editorial Ariel; página 155

³¹ En este sentido M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón; idem; pág. 239: "El bien jurídico cobrará así la mayor importancia como módulo o corazón del delito, pues ofrece, según se afirma, un criterio material, sumamente decisivo, en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito y, por tanto, de los tipos penales en particular".

³² Santiago Mir Puig: Derecho Penal PG, edita PPU, pag. 139

1) Teorías Doctrinales sobre el Concepto de Bien Jurídico

Según dijo ROCCO: "Determinar el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito significa saber el fin que la ley se propone". Es decir, su objetivo

Gracias al bien jurídico, según indica QUINTERO OLIVARES [33]: "Se averigua la forma y clase de antijuricidad de cada hecho concreto, pues ésta se manifiesta inicialmente en la lesión de aquel". Efectivamente, el bien jurídico es la "piedra filosofal" del derecho, la cual sirve de base para el moderno sistema de un Derecho penal, mediante el cual se identifican unos valores concretos de una sociedad.

Pero históricamente el bien jurídico no siempre a gozado de un mismo concepto, dentro de su evolución existen diferentes teorías, las cuales han configurado dos tendencias claramente diferenciadas. Las trascendentalistas, donde la base del bien jurídico la colocan más allá del sistema jurídico positivo (en el derecho natural o en la propia sociedad) y las tendencias imanentistas, donde colocan la base del bien jurídico dentro del sistema jurídico, o sea, en la norma [34].

Las tendencias trascendentalistas, tuvieron su base en un origen en planteamientos propiamente iusnaturalistas, como la BIRNBAUM (1834). Su argumentación -según BUSTOS RAMIREZ- va dirigida principalmente a rechazar que el delito es lesión de un derecho, sino que lo es de un bien, es decir, "los bienes jurídicos están más allá del Derecho".

Con VON LISZT, esta tendencia deriva hacia una concepción sociológico-naturalista del bien jurídico, según sus palabras: "Todos los bienes jurídicos son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad. No es el ordenamiento jurídico el que genera el interés, sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico" [35]

Dicho autor del positivismo alemán, encuentra el fundamento del bien jurídico en un momento anterior al Derecho, eso es, en la realidad social misma. Será esta realidad y no el derecho

³³ Gonzalo Quintero Olivares: "El Alzamiento de Bienes"; editorial Praxis; página 43

³⁴ Juan Bustos Ramirez; idem; página 53

³⁵ Juan Bustos Ramirez; idem; pág. 47

quien dote de contenido a los bienes jurídicos [36], lo cual se convertirá en un límite político-criminal de la actividad del legislador.

Posteriormente, con las teorías finalistas de la acción, WELZEL vuelve a recoger el contenido transcendentalista del bien jurídico, definiéndolo como: "Todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones", es decir, el objeto del Derecho penal será la protección de valores elementales de la vida comunitaria.

Además dicho autor, precisó el contenido social del bien jurídico al señalar: "La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social". [37]

Sin embargo, WELZEL se alejó de las orientaciones de BIRBAUM y LISZT sobre la significación directa del bien jurídico en la teoría del delito, para "él la protección de los bienes jurídicos sólo se pueden obtener mediante mandatos y prohibiciones de acción, configurados de determinanda manera" [38].

Actualmente es de destacar un doble posicionamiento dentro de la tendencia transcendente al sistema penal. Por una parte tenemos los autores que tienden acudir a la Constitución para dotar de contenido a los bienes jurídicos [39].

Así BRICOLA dijo: "El ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una lesión significativa de un valor constitucionalmente relevante", es decir, al consagrarse en las

³⁶ Según una apreciación de MIR PUIG (Introducción a las bases del Derecho Penal, pág. 130), en la teoría de LISZT "quedó sin una precisa respuesta la pregunta de qué intereses merecen ser protegidos o, al menos, qué criterio debe decidir la necesidad de su protección".

³⁷ Bustos Ramirez, idem, pág. 50

³⁸ Bustos Ramirez, idem, pág. 50

³⁹ Como señala BUSTOS RAMIREZ; idem; pág. 51: "En el Derecho constitucional los derechos fundamentales cumplen una función muy específica, que es regular las relaciones entre la sociedad política y la sociedad civil. En cambio los bienes jurídicos tienen una función mucho más amplia y compleja, pues implican relaciones sociales concretas de los individuos respecto de todos los posibles sujetos u objetos que pueden entrar dentro de esa relación, en ese sentido también el Estado, pero no sólo éste".

Constituciones los Estados de Derecho, se ha puesto de relieve también la finalidad protectora del propio Estado, y por tanto la obligatoriedad de su vinculación a la protección de determinados bienes jurídicos valiosos para la vida en común [40].

Por otra parte existe un grupo de autores que vislumbran una **actitud sociológica** al tema, o sea, postulan el envío a la realidad social como única forma de construir un concepto material del bien jurídico. Así QUINTERO OLIVARES dijo sobre los bienes jurídicos: "Entramado social en el que los individuos y las cosas se relacionan entre sí formando una compleja red, en cuyo mantenimiento existe una voluntad mayoritaria". O la definición de GOMEZ BENITEZ: "El bien jurídico debe ser, en todo caso y directamente, un concepto de contenido social, es decir, expresión directa de funcionalidad".

Dentro de esta corriente de pensamiento es de destacar la del propio BUSTO RAMIREZ, al decir: "Lo que interese salvaguardar entonces, son las relaciones sociales mismas, la posición concreta que en ellas ocupan los individuos, su intermediación con objetos y entes, y sus transformaciones por la interacción social", es decir, el bien jurídico no sólo es un concepto crítico respecto del sistema jurídico, sino también respecto del sistema social dentro de un momento histórico determinado.

En consecuencia, un derecho penal democrático, sólo puede legitimarse a partir del de bien jurídico, porque éste justamente es una concreción de un proceso democrático real [41].

Por eso para dicho autor, el bien jurídico es: "Una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica".

En esta misma línea también se expresa CALLIES: "Los bienes jurídicos protegidos no son valores o bienes, sino la estructura social en general, y las posibilidades de participación que supone en particular".

En resumen, según esta corriente de pensamiento, es la propia sociedad quien configura el contenido de los bienes jurídicos. Ello obligará a una continua revisión crítica de lo que las normas penales protegen o deberían de proteger.

Lo cual configurará lo que deben ser los actuales Estados de derecho, pues actuando de esta forma el concepto de bien jurídico se convierte en límite del "ius puniendi" del Estado.

⁴⁰ Según indica BUSTOS RAMIREZ; *idem*; pág. 51, en esta línea ESCRIVA, GONZALEZ RUS, RUDOLPHI, ROXIN, BRICOLA y el propio SAX.

⁴¹ Juan Bustos Ramirez; *idem*; pág. 55

En cambio en las tendencias inmanentistas, al estar la base del bien jurídico dentro de la norma, no puede ser el mismo crítico de ella.

Según BINDING, importante autor del positivismo normativista alemán, el bien jurídico queda establecido (no reconocido), dentro del contenido de la norma jurídica, es inmanente a la norma, cada norma jurídica lleva en si su propio bien jurídico, se trata de término inseparables, no hay posibilidad de establecer sus bases más allá del derecho o del Estado, para dicho autor "en la superficie de la desobediencia se esconde la lesión del bien jurídico como núcleo" [42].

En esta corriente de pensamiento también se expresó HONIG, para el cual el bien jurídico es: "El fin reconocido por el legislador en los preceptos penales individuales en su fórmula más sucinta".

Podemos concluir con BUSTOS RAMIREZ [43] "con esta tendencia el bien jurídico queda reducido a una mera categoría interpretativa, perdiendo el mismo todo carácter garantista, y consecuentemente, su carácter de fundamento material del injusto".

Para dicha corriente, el bien jurídico se fundamenta en el Estado y no en el individuo, convirtiéndose en un concepto vacío de contenido y de funcionalidad. Al igual que las concepciones sociales absolutas, que destruyen los aspectos garantistas y dogmáticos del concepto de bien jurídico.

Por consiguiente, y como señala QUINTERO OLIVARES [44], en la definición del concepto de bien jurídico, se hace imprescindible buscar un equilibrio adecuado, "que a la vez satisfaga las necesidades sociales y las garantías democráticas, entre la función de protección de la sociedad y la de protección de los derechos fundamentales del individuo".

Para dicho autor, al igual que la mayoría de la doctrina, y en base al principio de "minima intervención", se entiende que: "Los bienes jurídicos no necesitan ser protegidos en todo caso recurriendo al Derecho penal, SI con los medios propios de otras ramas del Derecho puede lograrse suficiente protección". [45]

42 Juan Bustos Ramirez; idem; página 46

43 Idem; pág. 49

44 Gonzalo Quintero Olivares; idem; pág. 91

45 Idem, página 292

2) Su Función

Según hemos visto en el apartado anterior, la función principal de los bienes jurídicos es la **función de garantía o límite** dentro del ius puniendi del Estado, en base al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

A través del bien jurídico se determina la concreción material de los injustos digno de protección, con lo cual se determina una opción político-criminal según el sistema de Gobierno que predomine.

En este sentido se expresó OCTAVIO DE TOLEDO [46] al decir: "Al bien jurídico se le asigna la importante misión de limitar el poder punitivo estatal", añadiendo: "Únicamente pueden crearse para amparar los bienes jurídicos compatibles con ese Ordenamiento". Según dicho autor, refiriéndose al principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos, formula en base a esta "función límite" la distinción de dos vertientes: La política y la dogmática [47]

En la primera vertiente, dicho límite se produce en el proceso **Legislativo**, es decir, en la misma creación de las leyes, ya que el bien jurídico permitirá denunciar la existencia de delitos que protejan bienes irrelevantes, o que puedan ser protegidos por otras ramas del Derecho de una forma suficiente, como puede ser el caso del incumplimiento de las obligaciones [48], entre ellas la protección de la propiedad industrial, la libre competencia, los cheque (talones) y letras de cambio, etc., los cuales infringirán el principio de mínima intervención.

Como indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN [49]: "El legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos". Cabría añadir que sean dignos de protección penal.

Por otra parte, detectar a través del bien jurídico, que los intereses que se tutelan no sean incompatibles con los acogidos por la Constitución, o los que aún siéndolos, representen a un

⁴⁶ Emilio Octavio de Toledo y Ubieto/ Susana Huerta Tocildo: "Derecho Penal" PG; editorial R. Castellanos; página 159

⁴⁷ Emilio Octavio de Toledo y Ubieto: "Función y Límite de exclusiva protección de Bienes Jurídicos"; en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (enero-abril 1990); página 5

⁴⁸ Gonzalo Quintero Olivares: "Derecho Penal" PG; editorial Gráficas Signo; página 292

⁴⁹ M. Lobo del Rosal y T. S. Vives Antón; idem; pág. 244

grupo minoritario de intereses, aunque cualitativamente poderoso.

Ya que como indica VALLE MUÑIZ ^[50]: "en la medida que la legitimidad de su ejercicio, reside en la exclusiva protección de las relaciones sociales concretas en una sociedad democrática... Es la propia sociedad quien configura el contenido de los bienes jurídicos. La constante evolución de las relaciones sociales, obligará a una continua revisión crítica de lo que las normas penales protegen".

En definitiva y en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO ^[51]: "Se trata no ya de descubrir qué interés ampara al Estado con las normas que dicta (eso también), sino de obligar al Estado a proteger ciertos intereses mediante esas normas y de impedir que tutele determinados 'otros' intereses".

En el caso del **delito de cheque en descubierto**, habrá que verse si el bien jurídico que se tutela, representa realmente a los intereses de una colectividad, o solamente se está protegiendo a los intereses de una minoría de poder fáctico, a los creadores de una "segunda moneda" ^[52].

En cuanto a la segunda vertiente, dicho límite se desarrolla según OCTAVIO DE TOLEDO en el momento Judicial de la interpretación y aplicación de la Ley.

Aunque como indica dicho autor ^[53]: "No parece que pueda esperarse mucho de la eficacia limitadora del bien jurídico en el momento judicial, por lo que al ejercicio del poder punitivo estatal respecta".

Si bien es verdad que lo deseable sea que sus efectos productan más seguridad en esta función dogmática del bien jurídico, lo cierto es que no siempre los bienes jurídicos, y por consiguiente los tipos de injusto, gozan de unas definiciones lo suficientemente adecuadas para garantizar dicho resultado (la seguridad), lo que obliga a la jurisprudencia a tener que ir improvisando constantemente sobre la función y aspectos legales de los delitos, lo cual trae como consecuencia que en algunas

⁵⁰ El referido autor menciona en su obra, que en la actualidad en relación al tema existe un "posicionamiento bicéfalo". Por una parte la necesidad de acudir a la Constitución y por otra, una la conveniencia de tener en cuenta la realidad sociológica. Jose M. Valle Muñiz, *idem*, págs. 70 y 72.

⁵¹ Anuario de Derecho Penal y C. Penales; *idem*; pág. 8

⁵² Cuestión señalada en el cap. I (Su Función Económica)

⁵³ En Anuario de Derecho Penal y C.P.; *idem*; página 24

ocasiones, al final la letra de la ley penal no tenga nada que ver con la interpretación dada a la misma por los tribunales.

Criterio que puede ilustrarse con las palabras de BUSTOS RAMIREZ [54]: "La eficacia práctica de un tipo legal depende de la claridad con que está determinado el injusto, y ello sólo puede surgir sobre la base de una determinación precisa del bien jurídico, esto es, de lo que se está protegiendo. Si el legislador no lo sabe o lo tiene confuso, con mayor razón, el juez y el intérprete en general. Más aún, respecto del ciudadano, tales tipos carecerán del principio elemental de garantía, que es el de la claridad y precisión de sus elementos, con lo cual puede haber la tendencia a aplicarlos discriminada o indiscriminadamente, o bien, por ello mismo, no aplicarlos".

Como puede observarse, de bien poco o casi nada puede servir la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, si la aplicación del principio de legalidad penal se materializa en tipicidades de gran imprecisión o elasticidad en las definiciones, que permitan a los intérpretes legales o jueces, una aplicación arbitraria de la ley. Del mismo modo tiene escasa utilidad la proclamación de tal principio, si se incumple el principio de subsidiariedad del Derecho Penal, es decir como ultima ratio legis del Ordenamiento. O cuando no se respeta el principio de proporcionalidad, de las gravedades de los delitos con la adecuación de sus penas [55].

Cuestiones que pueden producirse fácilmente, si no se parte de una clara y sólida definición de los bienes jurídicos que se pretendan proteger dentro de la parte especial del Cód. penal.

Como señala MUÑOZ CONDE [56], hay que prevenirse contra "la perversión del concepto de bien jurídico", al decir: "La elevación a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, de determinadas ventajas e intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría, es una forma evidente de mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación".

En el caso del delito de cheque en descubierto, como se verá más adelante al hablar de su bien jurídico en concreto, y en un próximo capítulo sobre su tipicidad, su regulación no es muy afortunada, siendo causa por una parte de discusión doctrinal

54 Juan Bustos Ramirez / Javier Boix Reig: "Los Delitos contra la Hacienda Pública"; editorial Tecnos; página 14

55 Emilio Octavio de Toledo y Ubieta; idem; pag. 23

56 Citado por COBO DEL ROSSAL, idem, pag. 224

sobre la clase de bien jurídico que se pretende proteger, y por otra, de la notable disparidad entre el criterio jurisprudencial con el legislativo.

En referencia a la eficacia judicial, también pueden mencionarse los problemas de cohechos de los funcionarios públicos, en base a las influencias de los grupos de poder fáctico y/o de las tendencias ideológicas, que igualmente que en la función política, pueden jugar en perjuicio de la justicia.

Como señala ALVAREZ-URIA [57]: "La sensible balanza de la justicia, que no cesa de modular las penas para los delincuentes comunes, se obstruye con facilidad a la hora de calibrar las violaciones de las leyes realizadas por hombres de negocios, financieros y políticos corruptos".

Aunque es de esperar, que los magistrados de la democracia y los que creen en el Estado de derecho, cumplan con su leal cometido de administrar justicia.

En cuanto a las otras funciones del bien jurídico, cabe destacar también su función sistemática, es decir, crea los criterios necesarios para clasificar las diferentes especies de infracciones de los tipos contenidos en los libros II y III del Código Penal.

Según indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTUN [58]: "Una ordenación de las diferentes especies de delito ha de atenderse, en primer lugar a su naturaleza". Toda ordenación fuera del "cause objetivo del bien jurídico" se hace ineficaz.

Una primera clasificación podría ser atendiendo al contenido del injusto, distinguiendo entre los delitos de daños de los de peligro, y dentro de éstos, los de peligro abstracto y concreto.

En resumen y como señalan dichos autores: "El bien jurídico desempeña una doble función: De una parte, constituye el fundamento de la infracción, desde el momento en que el delito es, ante todo lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; y de otra, representa un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones, cuyas semejanzas y diferencias se concretan en primer termino, en el objeto de protección".

Aunque no todos los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico penal sean a ciencia cierta algo inamovibles, como puede ser la "seguridad del tráfico mercantil".

57 Fernando Alvarez-Uría: "Delitos de Cuello Blanco", pág. 2

58 Idem, pág. 244

3) La Evolución del Bien Jurídico Protegido en el Cheque en Descubierto.

Sentadas las bases de lo que se entiende por Bien Jurídico y sus funciones concretas, cabe desarrollar en este apartado su evolución dentro de nuestro Derecho penal en referencia al delito de cheque en descubierto.

Como hemos visto en el apartado primero del epígrafe II de este capítulo, referente a los antecedentes del cheque como delito en nuestra legislación, se observó que tanto en el Cód. Penal de 1.928, como en la Ley de marzo de 1.938, el elemento subjetivo del delito era el ánimo de defraudar.

La defraudación consistía en aparentar bienes o créditos imaginarios, lo cual causaba el engaño al tenedor, cumpliéndose uno de los elementos constitutivos de la estafa [39].

Según indica QUINTANO RIPOLLES [40]: "Aunque el hecho pudiera comprenderse en la literalidad del delito de falsificación ideológica, del número cuarto del artículo 302, y si así no se hace, prefiriéndose la tipicidad de la estafa, es sin duda por la finalidad defraudatoria del acto, con dolo dirigido al lucro para el que lo mendaz es mero instrumento comisivo...".

El contenido de dichas tipicidades eran de carácter dañoso y lucrativo, por consiguiente dichos tipos eran de resultado material [41], contra la fe pública o el patrimonio.

Al entender de la doctrina, el bien jurídico protegido en este delito tipificado en dicha época, era "el patrimonio", entendiendo por tal el conjunto de bienes y derechos de una persona, cuyo valor económico está tutelado por el ordenamiento jurídico [42].

Como los demás delitos patrimoniales, el reintegro a

39 Según criterio del T.S. en sentencia 24-10-1902: "Se declara que el hecho de expedir un talón sin tener en la cuenta corriente la cantidad girada, no constituye delito de estafa si las cantidades para cuyo pago fué aquél expedido, fueron éstas entregadas con anterioridad a la expedición de éste".

40 A. Quintano Ripolles, idem, pág. 780

41 No de simple actividad o riesgo como actualmente se tipifican, según veremos en el capítulo III.

42 Dicho concepto y su contenido será tratado con más detalle en el epígrafe IV de este capítulo. (1/ El Patrimonio)

posteriori de la defraudación, no tiene transcendencia alguna para borrar la responsabilidad penal, aunque si se disminuya la civil [43]. Es decir, no gozan de ninguna excusa absolutoria.

Posteriormente con la Reforma del 28 de marzo de 1.963, se creó un tipo de delito mucho más complejo, pues con el antiguo art. 535 bis, por una parte se seguía manteniendo la protección del patrimonio, ya que según el último párrafo de dicho artículo se decía: "cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar" [44]; y por otra parte, se creó una figura formal, abstracta y autónoma, que protegía simplemente la expedición de cheques sin fondos, tanto en su forma dolosa como culposa, según párrafos primero y segundo del referido artículo 535 bis.

Afirmando CUELLO CALÓN, que: "Si se aspira a proteger la **seguridad del cheque** es preciso defenderla no sólo contra la intención criminal, sino también contra el descuido y falta de precaución de sus libradores y tenedores, quienes con una conducta negligente, pueden dañar gravemente la confianza pública en este medio de pago". [45]

Por consiguiente, la conducta que se describió en los párrafos primero y segundo del art. 535 bis, no implicó de por sí una estafa, con lo cual el bien jurídico hasta entonces protegido, necesariamente tendría que ser otro que el perjuicio patrimonial mencionado.

Para CUELLO CALÓN [46]: "El libramiento de cheques no provistos, o de modo insuficiente, no solamente lesionan intereses patrimoniales, constituye también y de modo relevante, un grave peligro para la función del cheque como instrumento de pago, pues quebranta la confianza que debe inspirar, reduciendo el ámbito de su circulación".

Es decir, los hechos atentatorios a la seguridad del cheque, lesionan tanto bienes jurídicos colectivos, habida cuenta del interés general con respecto a la circulación fiduciaria del cheque; como a bienes jurídicos individuales, en este caso, el derecho patrimonial del tenedor víctima de la posible

⁴³ A. Quintano Ripolles, idem, pág. 784

⁴⁴ Según R. F. SUAREZ MONTES en "El Cheque en Descubierto"; ediciones Ariel; página 66: "La agravación de la pena -del último párrafo- reposa sobre una conducta de estafa...En tal conducta ha de quedar inserto el empleo del cheque como medio engañoso que provoca el acto de disposición patrimonial".

⁴⁵ Eugenio Cuello Calón; idem; pág. 99

⁴⁶ Idem, página 7 y siguientes

defraudación [47]. Lo que hace necesario saber cual es preferente

Para que el cheque realice la función de medio de pago, según CUELLO CALON, se requiere que el mismo inspire similar confianza y seguridad en el momento de su presentación al cobro que la misma moneda [48].

Tal como se observa, el Legislador del 1.963 hizo propias las tesis de tan ilustre autor, y se pasó a crear dentro de las figuras delictivas de la parte especial del Derecho penal un nuevo tipo autónomo dentro de las defraudaciones, el artículo 535 bis; todo ello a pesar de las críticas de QUINTANO RIPOLLES [49]:

"Por lo pronto, lo que si parece probable e inmediato es que se multipliquen los procesos, ya que al ser el delito, al menos en la literalidad del precepto, cualquier irregularidad en la cobertura del cheque, aun sin mala fe ni contenido defraudatorio alguno, ello es susceptible de acarrear incriminación penal. Tanto más verosímil cuanto que es difícil en el tráfico moderno, singularmente complicado por el hábito de cargar a las cuentas corrientes los pagos de las facturas domésticas, de agua, teléfono o electricidad, estar al tanto exactamente cada día del estado de los propios fondos. Con lo que se corre el riesgo de

47 Agustín Fernandez Albor: "Estudios sobre Criminalidad Económica"; editorial Bosch; página 63

48 Cuestión que fue rebatida por QUINTERO RIPOLLES, idem, pág. 771: "La especialidad en el orden penal nace al calor de la doctrina francesa del cheque, que considera a este instrumento mercantil como medio de apoyo y sustitutivo del ordinario dinero, a modo de 'dinero comercial o dinero bancario'. Lo cual no pasa de ser una ficción analógica que no resiste a una crítica profunda, ni siquiera a la de índole más superficial. El cheque como medio de pago, difiere fundamentalmente de la moneda en extremos capitales que conviene destacar, para evitar lo artificioso que resulta también en el ámbito penal, tan precipitada y gratuita asimilación. El cheque carece por de pronto, del privilegio de obligatoriedad en la circulación, por lo que no es cierto en absoluto que sus irregularidades afecten, como bien jurídico protegido, al crédito fiduciario público, ni comprometan el crédito o la solvencia estatales, afectando tan sólo a las partes intervinientes, en una relación crediticia que apenas difiere de las demás, en que igualmente puede intervenir el engaño para elevarlas a la categoría de estafas. Es más, la función de instrumento de pago tampoco produce en nuestro Derecho una automática extinción de las obligaciones contraídas, como es el caso de los verificados en moneda, según el art. 1170 C.Civil"

49 Idem, página 790

que la protección del cheque se convierta, paradójicamente, en un obstáculo a su ágil movilidad; pues si puede ser cierto que la espada de Damocles que pende sobre el librador constituya una garantía para el tenedor, se olvida que aquella amenaza gravitando sobre el librador puede retrarle en el empleo de tan útil instrumento, ante la grave eventualidad de que una falta de información de momento se traduzca nada menos que en un proceso criminal".

En conclusión, con el "flamante" art. 535 bis, junto a un tipo propiamente defraudatorio, se tipificaron dos modalidades de mera actividad o formales, una dolosa y otra culposa.

Como indica SUAREZ MONTES [70]: "Si el cheque se da en pago de una obligación contraída con anterioridad sin engaño, o para poner término a una relación existente entre librador y tomador, cuyo origen y vida sea independiente de la entrega del cheque, no habrá estafa. De ahí que si se quería sancionar penalmente el simple dar en pago cheque sin provisión, resultaba de todo punto indispensable la creación de aquel tipo". [71]

Es de resaltar que la tipicidad del artículo 535 bis, presentaba graves problemas para sostener el bien jurídico de la seguridad fiduciaria del cheque que se pretendía proteger con ello, ya que al exigirse que el momento de la consumación del delito fuese el momento de su presentación al cobro, se estaba describiendo un delito de resultado, y en consecuencia se admitía como base del mismo el perjuicio patrimonial del tomador.

Además de que sólo se tipificó como delito, el dar "en pago cheque o talón", con lo cual se limitaba mucho el ámbito del tráfico mercantil del cheque, siendo ello incongruente con la referida finalidad de tal tipo delictivo de nueva creación.

No obstante dicho artículo, resultó ser el punto intermedio para la creación posterior de una nueva tipicidad de este delito, en base a un bien jurídico nuevo dentro del Código penal, ya que hasta entonces no existía precedente alguno de tal clase de bien:

⁷⁰ Rodrigo Fabio Suarez Montes: "El Cheque en Descubierto"; ediciones Ariel; página 60

⁷¹ En el mismo sentido se expresó la S.T.S. del 30-1-64: "La estafa supone siempre un desplazamiento patrimonial o lucro obtenido mediante engaño, cuando el cheque sin provisión de fondos se libra como forma de pago de una obligación contraída preteritamente, entonces no contribuye a tal desplazamiento ni causa lesión en el patrimonio del acreedor, sino que se limitó a no ejercer función liberatoria y la obligación anterior queda subsistente, como acaece con el no pago de las letras aceptadas"

"La seguridad del tráfico jurídico mercantil del cheque".

Efectivamente, con la Ley de 15 de noviembre de 1.971, se intentó paliar todos aquellos problemas que propició la creación del derogado art. 535 bis, ya que según la exposición de motivos de dicha Ley: "En cuanto a la emisión de cheques en descubierto, la experiencia, desde su implantación en el Código por Decreto 168/1963 de 24 de enero, ha demostrado que su colocación sistemática entre las defraudaciones ha producido dificultades en la práctica, porque no siempre el libramiento de un cheque en descubierto tiene finalidad defraudatoria, aunque, en todo caso, compromete la seguridad de tráfico jurídico mercantil, que merece siempre una enérgica protección". [72]

Con el nuevo artículo 563 bis-b, según CUELLO CALÓN [73]: "No es necesario para su consumación, que se cause un perjuicio patrimonial, pues esta figura no aspira principalmente a la protección del patrimonio, sino a la de la seguridad del cheque".

Además de ampliarse muchísimo el ámbito de aplicación de tal tipo, ya que ahora se hace indiferente la finalidad del libramiento, que según dicho autor puede ser: en pago, donación, constitución de préstamo, etc.; incluso cuando el cheque hubiere sido entregado por causa inmoral (como el pago de deudas de juego) o no reunir los requisitos extrínsecos de forma exigidos por la ley [74].

Por otra parte se crearon dos modalidades más de actividad delictiva: La retirada de la provisión (párrafo segundo) y la negociación sin cobertura (párrafo tercero).

Con ello se pretendió definitivamente delimitar la emisión de cheques sin fondos de las estafas, y excluir las formas culposas de su tipicidad, cuestión esta última que aún no se ha

⁷² En igual sentido se expresaron las sentencias del T.S. 3-11-84 "por lo cual pareció conveniente separar por un lado, la emisión de cheques sin cobertura metálica que se emplea como medio engañoso y con finalidad defraudatoria; y por otro el mismo libramiento cuando, sin aquella finalidad ataca la seguridad mercantil necesaria evidentemente para el desarrollo natural de la sociedad en general". O la del 11-7-85.

⁷³ Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal" P.E. tomo II; editorial Bosch; página 1014

⁷⁴ Dichas afirmaciones como se verá en el cap. III, serán revocadas por la propia jurisprudencia, que limita el uso del cheque al simple documento de pago (no como documento de crédito), además de no protegerse las causas ilícitas de emisión

conseguido realizar todavía.

Para comprender mejor tal cambio de política-criminal, será necesario saber en primer lugar: que se entiende por la "seguridad del tráfico mercantil", ya que ello parecer ser que es el bien jurídico que ahora se pretende proteger; y en segundo lugar, ver la posible aptitud de otros bienes jurídicos para tutelar el cheque en descubierto.

Pero antes veamos que posturas jurisprudenciales y doctrinales existen sobre dicho bien jurídico del art. 563 bis-b.

4) Diferentes Criterios del Bien Jurídico del art. 563 bis-b

Como hemos visto anteriormente, con la Ley del 1.971 el cheque en descubierto deja de ser considerado formalmente como una defraudación, al cambiarse su colocación del capítulo IV (De las defraudaciones), por el capítulo IX bis de nueva creación (Del cheque en descubierto).

Todo ello sin embargo aun dentro del título XIII denominado "Delitos contra la Propiedad" [75], que al entender de un sector de la doctrina, y como lo indica QUINTANO RIPOLLES [76], dicha terminología: "Es plenamente recusable por inapropiada en la mayoría de los supuestos (en referencia al título XIII), en que no es la propiedad, sino la posesión, y aún la mera tenencia, lo que entra en juego..".

Indicando como posible sustituto del mismo, a de "los delitos contra el patrimonio, o bien, de delitos patrimoniales, que por lo genéricas, comprenden mejor la gran variedad de figuras que bajo tales epígrafes se acogen".

En referencia a esta crítica ha habido tres posturas, en relación con el contenido jurídico de los conceptos: La de los que entienden que los conceptos penales han de ser dependientes de los civiles; los que consideran que debe de producirse una tajante separación con las otras ramas del Ordenamiento; y los integristas, que aun buscando un sentido propio no dejan de admitir la existencias de bases civilistas en los conceptos

⁷⁵ Según el art. 348 del C.Civil, la propiedad se define como: "El derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes".

⁷⁶ Idem, (en Tratado), pág. 3

penales [77]

Si bien es cierto que los rótulos de los títulos no deben a priori condicionar al jurista, en su interpretación para determinar que clase de bienes jurídicos se protegen con el mismo, no obstante si le han de servirle para orientar que clase de tutela se propicia, no debiendo de haber entre ellos demasiadas contradicciones.

En conclusión y al entender de la mayoría de la doctrina [78], el bien jurídico que debe abarcar a todo el título XIII, debería de ser "El Patrimonio", aunque a nuestro parecer cabe matizar la cuestión, tal como se verá más adelante.

Como puede observarse, el emplazamiento del art. 563 bis-b del cheque en descubierto, no se ajusta a la rúbrica de su título "De los Delitos contra la Propiedad", ya que en dicho artículo no se tipifica ninguna figura jurídica que pretenda proteger a ningún bien sobre la propiedad o el patrimonio, sino que por imaginación del legislador y por motivos de política-criminal de base mercantilista, se creó una figura delictiva en abstracto y de carácter formal, protegiéndose el bien jurídico de la "seguridad del tráfico mercantil", que no tiene nada que ver con su emplazamiento en el título XIII.

Quizá lo más adecuado hubiera sido, encuadrarlo con otra redacción dentro del Título III "De las Falsedades", pues siendo el cheque un título-valor de la clase pecuniaria o de pago, y el bien tutelado la seguridad del tráfico de los mismos, para defender su legalidad, lo propio en caso de impago, hubiese sido tratarlo como una falsedad del documento, en relación con su realidad material [79].

En consecuencia vemos, como el bien jurídico que se formalizó con la Ley 15 de noviembre de 1.971, no está del todo legitimado, ni confirmado.

⁷⁷ En esta corriente se enmarca a ANTOLISEI al decir: "Negar a priori toda posibilidad de correspondencia o de divergencia entre los conceptos civiles y los penales resulta, desde el punto de vista de la aplicación concreta, arbitrario. Por ello, tanto la denominada corriente civilista como la autonomista pecan de apriorismo, porque intentan postular una divergencia de conceptos allí donde puede haber una mera convergencia terminológica, o una divergencia allí donde puede darse plena concordancia".

⁷⁸ Según lo desarrolla estupendamente José M. Valle Muñiz, en "El Delito de Estafa", editorial Bosch, páginas 77 y syts.

⁷⁹ Cuestión que profundizaré en el epígrafe IV de este cap.

Para esclarecer tales extremos, voy a analizar las diferentes posturas habidas, tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente.

a) Según la Doctrina Dentro de ésta se pueden formar tres grandes grupos:

1) Aquellos que consideran que el bien jurídico protegido es: la **seguridad del tráfico mercantil**

Entre ellos podemos citar a RODRIGUEZ DEVESA ^[80]: "El bien jurídico es la seguridad del tráfico jurídico mercantil, con independencia de cual sea la causa que ha generado el libramiento del cheque o talón de cuenta corriente". Sin embargo dicho autor señaló para ello una importante reserva: "el tráfico que se protege es el tráfico lícito ^[81]".

Para dicho autor, en el supuesto de que el cheque fuese entregado como simple garantía o título ejecutivo del tenedor, al saber éste que no existe provisión de fondos del librador en poder del librado, a tal hecho no le es aplicable el art. 563 bis-b "por ser evidente el fraude de ley" ^[82].

En sentido parecido, aunque con matizaciones, se sitúa MUÑOZ CONDE ^[83], para quien: "La finalidad perseguida por el legislador es clara 'proteger la seguridad del tráfico mercantil' a través de la protección del título-valor abstracto en si, con independencia de cual sea la causa que ha generado el libramiento del cheque o talón". Añadiendo que "desde luego, tras la reforma de 1971 no se puede decir que con este delito se protege el

⁸⁰ J.M. Rodriguez Devesa "Derecho Penal Español" PE. pág 522

⁸¹ El cheque obtenido mediante amenazas por ejemplo, no merece la tutela penal. Tal criterio varía del de Quintero Ripolles quien entendía que para la existencia del delito era indiferente la finalidad del libramiento, aunque hubiera sido entregado por causa inmoral (idem, pág. 1011).

⁸² Idem, página 523. Añadiendo que lo contrario sería en cierto modo una regresión a la prisión por deudas (según S.I.S. del 29-10-1966). Sin embargo ello no supondría si más la impunidad, porque la emisión en estas condiciones puede ser un medio engañoso de aparentar una solvencia que no se tiene y caer por ello en lo prevenido en el art. 529,1 (estafa), si se persigue perjudicar de esta manera al acreedor (sentencia 16-5-1964); o concurrir como medio de obtener la posesión para una apropiación indebida ulterior (sentencia 2-10-1976).

⁸³ Francisco Muñoz Conde "Derecho Penal" PE., página 276

'derecho de crédito' del tomador o de cualquier otro elemento patrimonial determinado. Si el cheque se libra como medio de engaño para conseguir un lucro patrimonial ilícito, existe una estafa", según el último párrafo del art. 563 bis-b.

BAJO FERNANDEZ [84], también se encuentra entre los autores que señalan que el bien jurídico del art. 563 bis-b, es la seguridad del tráfico mercantil, y no el patrimonio individual. Según dicho autor: "A nuestro entender, parece claro que la reforma de 1971 quiso separar tajantemente la emisión de cheques sin cobertura que afectan al patrimonio individual (estafa del art. 529,1) y la que afecta exclusivamente al tráfico mercantil (art. 563 bis-b). Prueba de ello es el formalismo de este último precepto al castigar el libramiento del cheque independientemente de la finalidad del autor (con cualquier finalidad)".

Para RUIZ VADILLO [85], haciendo una crítica de la penalización del cheque en descubierto, llega a la misma conclusión que los autores anteriores, sobre el bien jurídico que se protege en el art. 563 bis-b:

"La aparición de un delito, cualquiera que sea su naturaleza y su finalidad, debe apoyarse siempre en una razón de imprescindible exigencia social y de justicia intrínseca. Todo quebrantamiento de un deber jurídico que normalmente pueda repararse por vías extrapenales, debe ser objeto de tratamiento jurídico al margen del Derecho penal [86]. La existencia de esta doble fundamentación social y filosófica jurídica, en el delito del cheque, nos parece, en el mejor de los casos, muy discutible, sobre todo, si tenemos en cuenta que están presentes en la realidad social una serie de bienes jurídicos, dentro incluso del mundo económico-jurídico, mucho más necesitados de protección penal. El legislador ha pretendido, con dudoso acierto, fortalecer a todo trance el 'tráfico jurídico mercantil' cuando se utilizan cheques o talones bancarios, sin darse cuenta, tal vez, de que tan decidida defensa puede contribuir incluso a la paulatina desaparición de estos instrumentos de pago por temor en quien los libra a sus consecuencias penales, llevadas a extremos excesivamente rigurosos y, por ello, según nuestra opinión, injustos".

⁸⁴ Miguel Bajo Fernandez "Manual de Derecho Penal" PE. p 374

⁸⁵ Enrique Ruiz Vadillo: "El Delito de emisión del Cheque en Descubierto en la Práctica Judicial"; M.Justicia (GDyP); pág. 61

⁸⁶ Según dijo en una Conferencia sobre "Propuestas per a la Reforma Penal", organizada por el Colegio de Abogados de Barcelona del 18 al 23-2-1991: "El Derecho penal debe ser un instrumento para la libertad, no para la opresión".

Dentro de este grupo también se encuentran, aunque con matizaciones: LLOBELL MUEDRA [87], RODRIGUEZ MOURULLO, RODRIGUEZ RAMOS, entre otros.

2) Aquellos cuyo criterio está en contraposición con el anterior, opinando que el bien jurídico que se tutela es de naturaleza patrimonial.

Entre ellos cabe destacar a T.S. VIVES ANTON [88], el cual opina en este sentido diciendo: "Ha de afirmarse que el cheque en descubierto es, en definitiva, un delito contra el patrimonio individual: sólo a partir de este entendimiento cobra sentido el párrafo penúltimo del art. 563 bis-b".

Es decir, el bien jurídico lo que intentá proteger es: "el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales que representa".

Según dicho autor, el injusto del cheque en descubierto se halla "constituído por la 'defraudación de una expectativa de cobro', no por el enriquecimiento ilícito a costa del patrimonio ajeno".

En consecuencia, el cheque en descubierto es un 'fraude' de menor entidad que el de la estafa. Por consiguiente -sigue diciendo el referido autor- "quedarán fuera del ámbito de las estafas y constituirán simples delitos de cheque en descubierto todos aquellos casos en que el talón (cheque) no sea el medio engañoso por el que se obtiene ilegítimamente el acto de disposición patrimonial" [89].

O el criterio de QUINTERO OLIVARES [90], sobre "el valor económico incorporado" en el cheque, teorizado que: "Tampoco podemos afirmar que el bien jurídico protegido esté claramente definido. Considerando que el pago evita el castigo, cabe pensar que pagando se evita también la lesión a un bien jurídico, en la que se apoyaba la sanción penal. Nos vemos entonces abocados a la necesidad de entender que el bien jurídico ahora protegido es de naturaleza económica".

87 Este autor señala como bien jurídico "la seguridad en la circulación y eficiencia liberatoria del cheque en el ámbito del tráfico mercantil".

88 Tomás Salvador Vives Antón (y otros); idem P.E.; pág. 968

89 Tomás Salvador Vives Antón (junto a otros autores): "Derecho Penal" P.E.; editorial Tirant lo Blanch; pág. 968/9

90 Gonzalo Quintero Olivares: "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" año 72, pág. 709 y siguientes

Siguiendo razonando dicho autor sobre el bien jurídico del nuevo art. 563 bis-b, que: "el legislador probablemente consideró que mediante el pago, se restablece el orden jurídico. Aparece entonces el valor económico como objeto principal de protección: el Código no buscará la defensa del cheque como instrumento mercantil, sino la de las personas que puedan ser perjudicadas por la desprovisión del mismo".

En esta misma línea se situa JOAN J. QUERALT [71], al considerar que el bien jurídico del mencionado artículo es: "el crédito subyacente". Prueba de ello son sus afirmaciones: "Por todo lo anterior (por mucha importancia que tenga el cheque, no la tienen menos ni las letras de cambio, ni los pagarés, ni efectos análogos), el bien jurídico no puede ser sino la defraudación de la realización del derecho de crédito que el cheque, como título lleva aparejada. La excusa absolutoria antes mencionada lo pone de manifiesto, y de este modo, se obtiene una protección penal para el cheque superior a la de cualquier otro instrumento de crédito". "Esta exclusión de la penalidad pone de manifiesto, como ya se apuntó, que no se protege el tráfico mercantil (de la opinión contraria la jurisprudencia dominante: 10-4-1980), ni el cheque como instrumento de pago, sino al crédito subyacente".

3) También podemos citar a BUSTOS RAMIREZ [72], el cual entiende que el perjuicio producido es contra el **sistema económico crediticio**, al decir: "Se penaliza la figura del cheque en descubierto, dada la importancia que tiene este documento como medio de pago sustitutorio de la moneda (por eso está en estudio el castigo de la letra vacía, y de las nuevas formas de medios de pago, vinculadas directamente al sistema crediticio, como son las tarjetas de crédito)".

En este caso se produce directamente una afección al sistema económico crediticio. Este delito no atenta contra el patrimonio (aunque haya un perjudicado) sino contra la colectividad. Se afecta al sistema económico de pagos. Evidentemente no se trata de garantizar el pago de obligaciones (desnaturalizando con ello el derecho penal), sino de asegurar el funcionamiento del sistema.

4) Y aquellos otros que opinan que la cuestión no está del todo definida, protegiéndose tanto la seguridad del tráfico mercantil, como el patrimonio del tenedor del cheque. Entre ellos podemos citar a VICENTE CHAMORRO; PEREZ ESCOBAR; MAJADA; etc.

71 Joan J. Queralt: "Derecho Penal Español" P.E. volumen I; editorial Bosch; página 321

72 Juan Bustos Ramirez: "Manual de Derecho Penal" P.E.; editorial Ariel; página 330/331

Según MAJADA [93], por un lado se puede afirmar que: "el bien jurídico tiene estrecha relación con el contenido patrimonial del delito, ya que el pago del importe del cheque dentro de los cinco días siguientes al de su presentación exime de pena".

Y por otro lado en cambio, admite la réplica para mantener a todo trance la proclama de la "seguridad del tráfico mercantil", en base al reiterado criterio del Tribunal Supremo en este sentido; a que la naturaleza de la excusa absolutoria del art. 563 bis-b, se sitúa fuera de la tipicidad, antijuricidad y punibilidad; y finalmente a que el pago dentro de los cinco días no tiene otra misión que restablecer el bien jurídico lesionado.

b) Según la Jurisprudencia. El Tribunal Supremo salvo raras excepciones [94], siempre ha mantenido un criterio constante sobre el bien jurídico tutelado en el art. 563 bis-b, siendo éste la seguridad del tráfico mercantil.

Haciendo un pequeño resumen de las mismas, se podrá constatar tal afirmación:

La del 2-11-74 decía: "Si bien la Sala es consciente del alcance operado por la reforma de 15-11-71 en el delito del cheque en descubierto, desvinculado ahora de las defraudaciones ..., para dar a entender su mejor actual autonomía punitiva y subrayar así cual es el bien jurídico protegido, que no es otro que la seguridad del tráfico mercantil.."

Como ya hemos visto en el capítulo II, con la Ley del 1.971 se desligó definitivamente de las defraudaciones el cheque en descubierto, al redactarse el nuevo art. 563 bis-b.

Criterio corroborado por la sentencia 22-6-74 al decir: "Los delitos de cheque en descubierto no tienen carácter patrimonial ni protegen el derecho de la propiedad, amparando tan sólo con la pena, exclusivamente al tráfico mercantil y al crédito público".

En parecido criterio también están las sentencias del Tribunal Supremo 6-11-75; 21-6, y 10-11-76; 2-2-80; 23-11-81, entre otras.

⁹³ Arturo Majada, *idem*, pág. 264

⁹⁴ La del 12-3-74 que mantenía la existencia de una dual protección de bienes jurídicos, la seguridad del tráfico mercantil, y cuando existía una finalidad defraudatoria, el patrimonio individual del tenedor. O la del 18-2-76 que admitía la legítima expectativa de pago del acreedor-tomador del título consistencial al mismo.

Veamos pues como desde el año 1.984 al 1.989, el Tribunal Supremo ha mantenido una constante postura sobre este tema, concretando en cada una de ellas algún aspecto de la nueva Ley del 15 de noviembre de 1.971.

-Justificación de la Reforma

Sentencia 15-2-84: "El bien jurídico protegido es la circulación fiduciaria de este título, la seguridad, normalidad y estabilidad del tráfico mercantil.

Sentencia 3-11-84: "Por lo cual pareció conveniente separar por una lado, la emisión de cheques sin cobertura metálica que se emplea como medio engañoso y con finalidad defraudatoria., y por otro, el mismo libramiento cuando, sin aquella finalidad ataca la seguridad mercantil necesaria evidentemente para el desarrollo natural de la sociedad en general, siendo esta motivación la que llevó al legislador a la reforma apuntada para acentuar el carácter formalista y objetivo de la infracción"

Sentencia 14-3-85: "Con la Ley de 15 noviembre de 1.971, se produjo en esta figura jurídica una transcendental modificación en cuanto que, acentuándose el carácter formal del delito, se vigorizaba la severidad de la ley en aras de una mayor seguridad del tráfico mercantil., lo que se persigue penalmente es, simplemente la firma y puesta en circulación del documento mercantil sin el correspondiente respaldo bancario".

-Delimitación con la estafa [95]

Sentencia 30-12-85: "La diferencia entre el delito de cheque en descubierto y la estafa radica en que el primero no exige el propósito de defraudar, sino tan sólo la emisión o entrega del cheque o talón -cualquiera otra que sea la finalidad-con conciencia de carecer de fondos en poder del librado, generalmente referida aquella entrega al pago de deudas preexistentes, y siendo la seguridad del tráfico mercantil el bien jurídico protegido mediante la incriminación de estas acciones".

Sentencia 24-1-86: "Sentada la precedente tipicidad delictiva, no cabe sustituirla por la invocada en el recurso de cheque en descubierto del art. 563 bis-b, por cuanto la prevista en éste no requiere, ni persigue el propósito defraudatorio, sino tan sólo la intención -con cualquier finalidad- de formalizar y entregar un talón bancario conociendo la inexistencia de fondos bastantes en poder del librado, siendo el bien jurídico protegido la seguridad del tráfico mercantil, pero cuando la ficción de solvencia que presupone la emisión del cheque se encamina a

95 Dicho tema será tratado con más amplitud en el cap. V

viciar la voluntad o el consentimiento de una persona que entrega una cosa o efectúa una prestación que de otra suerte no hubiera realizado, se origina una 'plus' de antijuricidad, que en unión del engaño, perjuicio y ánimo de lucro, engendran la figura de la estafa".

-No se admite la postdatación [96]

Sentencia 26-3-86: "Aunque existiera un breve o discreto plazo de postdatación, no hubieran perdido su función de pago y adquirido la función crediticia que alega el recurrente, talones que al estar desprovistos o carentes de cobertura consumaron un atentado contra la seguridad del tráfico mercantil".

-No es delito si el cheque cumple la función de crédito [97]

Sentencia 15-9-87: "Lo fueron como instrumentos de crédito o de pago diferido, con la consecuencia en el ámbito penal, de que sólo los primeros vienen protegidos con la amenaza de una pena para el caso de impago establecida por el legislador en aras de una mejor protección de la seguridad del tráfico mercantil".

Sentencia 3-5-88: "Como es notorio por repetidísimo la ratio essendi del precepto consignado en el artículo 563 bis-b del Código Penal, es la necesidad de proteger el tráfico mercantil, robusteciendo el valor y la credibilidad del cheque, tratando de evitar, mediante la amenaza penal, el que el librador expida tales documentos sabiendo que en la fecha consignada en los mismos carecerá de disponibilidad en poder del librado para que puedan ser hechos efectivos, de ahí, que esta Sala haya venido declarando que no puede entenderse cometido el delito cuando por convenio de las partes haya quedado desnaturalizada la función específica del cheque como acontece cuando en vez de ser entregados con fines solutorios son entregados con un simple instrumento de crédito".

-Absorción por la estafa

Sentencia 21-4-89: "El delito de cheque en descubierto constituye una infracción contra la seguridad del tráfico mercantil, mientras que la estafa, es un delito patrimonial o contra la propiedad".

Sentencia 24-11-89: "La jurisprudencia ha diferenciado el delito de cheque en descubierto, afectante a la seguridad del tráfico mercantil y sin exigencia de un propósito defraudatorio, del propio delito de estafa...infracción que absorbe el delito contra

96 Tema que se trata con más amplitud en el cap. III

97 Tema que se tratará con más amplitud en el cap. III

la seguridad del tráfico mercantil".

El extracto de dichas sentencias [98], me parece lo suficiente claro para demostrar, que según la Jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, el bien jurídico protegido en el art. 563 bis-b se entiende que es: la seguridad del tráfico mercantil, la cual la vamos a analizar seguidamente.

III) LA SEGURIDAD DEL TRAFICO MERCANTIL

En ninguno de los Diccionarios jurídicos-legislativos que he consultado [99] viene tal definición, solamente en el Diccionario de Derecho Usual de G. CABANELLAS he encontrado la definición del concepto "tráfico mercantil" [100].

Cuando se habla de delitos contra la "seguridad del tráfico", tradicionalmente en el ámbito penal nos estamos refiriendo a los delitos de falsedad en documento; o al riesgo del tráfico de circulación. Con lo cual quiero puntualizar, que un bien jurídico como la seguridad del tráfico mercantil, es algo ajeno al Derecho penal hasta la Ley de 1971.

En cambio, en el ámbito mercantil es algo mucho más usual, sirva por ejemplo una clasificación efectuada por CANO RICO sobre contratación mercantil [101], en la cual vemos que se hace una referencia al tráfico mercantil, que en general puede dividirse en:

- a) Tráfico originado en el sector crediticio-contratación.
- b) Tráfico sobre valores mobiliarios (bursátil o no).

98 Con la puntualización de que en las sentencias 30-12-85; 24-1-86 y 3-5-88 sólo se admite la forma de dolosa de este tipo. Además de que en la sentencia 21-4-89 se habla ya de infracción contra la seguridad del tráfico mercantil, al contrario de la estafa, que se refiere a ella como delito.

- 99 -Diccionario Económico y Financiero
- Diccionario de Derecho Privado
- Diccionario Legislativo
- Diccionario Básico Jurídico

100 Pág. 273: "Actividad lucrativa con la venta, cambio o compra de cosas o con trueque y préstamos de dinero".

101 José R. Cano Rico: "Manual Práctico de Contratación Mercantil" Tomo I; editorial Tecnos; página 46

c) Tráfico mercantil no especificado (entre empresarios, clientes, no comerciantes, por uso de títulos de crédito mercantiles -letras, cheques, pagarés, etc.

Como puede observarse, la seguridad del tráfico mercantil, en buena lógica debería de abarcar a todos los campos donde exista tráfico jurídico documental, lo que no es el caso de la actual regulación penal del art. 563 bis-b. Veamos pues, que es lo que se entiende por seguridad del tráfico mercantil.

1) Contenido del Concepto

Como podemos observar, el concepto de "seguridad del tráfico mercantil" esta formado de tres elementos:

-**La Seguridad.** En general significa la cualidad de seguro; o sea, las ideas de indemnidad, exención, garantía, protección, defensa, asilo, liberación, firmeza, fijedad, salvedad. Como puede observarse el número de sinónimos amplios es enorme. Eso quiere decir que es un concepto abstracto, altamente equivoco, o si se prefiere, ambiguo [102].

-**El Tráfico.** Con esta expresión se viene a definir la acción de comerciar o negociar con mercancías, dinero, etc. El intercambio de bienes y servicios está regulado por el Derecho, formando lo que se denomina "tráfico jurídico".

Los instrumentos o documentos jurídicos del tráfico mercantil son por excelencia: el "contrato" y el "título-valor".

-**Mercantil.** Significa actividad económica de los comerciantes o empresarios, formando lo que se viene en llamar "actos de comercio". O sea, es sinónimo de mercantilismo.

El mercantilismo (siglo XVI y XVIII) trató de descubrir los medios más adecuados para aumentar el potencial económico de una Nación. Creyendo en un principio que el medio más idóneo para conseguirlo era el comercio internancional. Posteriormente se destacó la importancia de la industria y del comercio interior.

Para URÍA [103]: "La actividad comercial es por esencia, actividad mediadora en el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un patrimonio a otro o, por mejor decir, de un titular a otro".

Según se mencionó en el capítulo I, la importancia de los

¹⁰² Pedro Segura y Sáenz: "Diccionario de Derecho", pág. 119

¹⁰³ Rodrigo Uría: "Derecho Mercantil"; página 471

títulos-valores en la economía (entre ellos el cheque), se produjo al incorporar el derecho del crédito a un documento, con lo cual se posibilitaba su movilidad o la circulación de los derechos como valores patrimoniales, lo cual no permitía el antiguo régimen de la cesión de créditos [104]

Pero volviendo al núcleo de la cuestión, en realidad que es lo que debemos de entender por la seguridad del tráfico mercantil, es decir, ¿De qué hablamos!

-¿Del cumplimiento de una obligación?

-¿De la eficacia del título-valor?

-¿De la confianza del tráfico cambiario?

-¿De la esperanza de lograr un segundo papel moneda?. etc.

Como ya se dijo, el cheque "es un medio de pago", con lo cual lo que se intenta proteger penalmente con el art. 563 bis-b es, exclusivamente la seguridad en la circulación o tráfico de éstos documentos mercantiles, es decir, los cheques

Pero es que el cheque no es el único título-valor, existen otros muchos, como las letras de cambio; los pagarés; certificados de depósito; créditos documentarios; las libranzas; las cartas de giro; órdenes de transferencia; tarjetas de crédito; tarjetas de disposición; tarjetas de compra; etc.

Entonces, el bien jurídico tutelado, o sea, la seguridad del tráfico mercantil, también protege a esos otros medios de pago; la respuesta naturalmente es que no, ya que dentro del tipo del art. 563 bis-b, sólo se incluye el cheque (o talones).

En consecuencia, es que el cheque (en sus diversas modalidades) es un medio de pago privilegiado dentro de la gran gama que existe en el tráfico mercantil, seguramente que sí, a la luz de la actual regulación.

Lo cual no deja de ser a nuestro entender [105], una discriminación hacia los otros medios de pago o títulos valores.

¹⁰⁴ Francisco Vicent Chulia; idem; pág. 612

¹⁰⁵ Recuérdese el contenido del art. 1170,2 del C. Civil: "La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio y otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado".

Igualmente el art. 153 de la Ley Cambiaria.

¿Acaso no son tan lícitos como el cheque?

¿Es que el aceptar una letra a la vista; comprar con tarjetas de crédito; u ordenar una transferencia, todo ello sin fondos, no son tan dignos de protección como el cheque?

Entonces ¿Por qué en la Exposición de Motivos de la Ley del 15-11-71 tan sólo se pensó y dijo: La emisión de cheques en descubierto compromete la seguridad del tráfico jurídico mercantil, que merece siempre una enérgica protección...? [106]

Preguntas que sólo tienen en mi opinión una respuesta. Por cuestiones de Política criminal de la época, en base a la importancia de este medio de pago como "dinero bancario".

Con todo lo expuesto, llegamos al convencimiento de que "la seguridad del tráfico jurídico mercantil", según la Ley penal, es la seguridad del tráfico del cheque, es decir, la seguridad de cobro del mismo.

En definitiva, lo que se pretende con esta regulación, es que la apariencia de eficacia del título-valor del cheque sea igual al dinero, con independencia del negocio jurídico subyacente al mismo, lo cual no dejar de producir situaciones injusta dentro de las relaciones contractuales.

Pretendiendo con ello, dar una mayor seguridad al tráfico bancario del cheque, o sea, al circuito de dinero creado por los Bancos (dinero bancario o segunda moneda) a través de sus clientes [107].

Pero con todo ello, en mi opinión, lo que se viene a confirmar es la teoría de VIVES ANTON [108], de que el bien jurídico que en realidad se tutela en el cheque en descubierto es el "patrimonio individual" del tomador, es decir, "la expectativa de cobro" del tenedor, aunque ello venga representado por la seguridad del tráfico mercantil. Pues como veremos a continuación, existen otros títulos valores posibles beneficiarios de tal protección.

¹⁰⁶ Seguramente al ser más frecuente su uso, o por que se crea con ellos, lo que se denomina "dinero bancario" (la circulación del mismo crea un abono en favor del tenedor y un cargo contra el librador, el cual no siempre ha efectuado la correspondiente provisión de fondos, con lo que se crea, al ser pagado, un crédito entre el librado y el librador)

¹⁰⁷ Pero lo mismo puede ocurrir con las letras de cambio, los pagarés, los certificados de depósito, las libranzas, etc.

¹⁰⁸ Tomás S. Vives Antón (y otros); idem P.E.; pág. 968

2) Otros Títulos-Valores Posibles Beneficiarios.

En este apartado quisiera resaltar, que aun resultando probada la importancia de los títulos valores dentro de una economía Nacional, nos encontramos con que el cheque es una clase de título NO mayoritario de entre ellos, es decir, forma parte de los llamados **títulos de pago** o "pecuniarios" [109], entre los que también se encuentran las letras de cambio, los pagarés, las obligaciones, los certificados de depósito, etc.

Pero es que además existen otras clases de títulos valores: como son los "de participación" [110] (las acciones por ejemplo); así como los "títulos de tradición" [111] (cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósitos, etc.) Con lo cual se afirma, que los cheques representan simplemente una minoría de entre una parte de ellos, en referencia a los títulos-valores en general.

Entonces, cuando se habla de la seguridad del tráfico mercantil como bien jurídico a proteger ¿Por qué solamente se protegió penalmente al cheque, olvidándose de los otros títulos valores, ni siquiera de los cambiarios?

Ya que como vimos, y según indicó LISZT, el concepto de bien jurídico ha de nutrirse de la propia sociedad y no de las normas, al decir: "Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico".[112]

Siendo en consecuencia y en mi opinión, algo arbitrario que dentro de la seguridad del tráfico mercantil, el legislador solamente haya protegido al cheque de entre la gran variedad de

¹⁰⁹ Según Manuel Broseta Pont; idem; pág. 569: "LLevan incorporado la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en el momento y manera que el propio título expresa".

¹¹⁰ Según Manuel Broseta Pont; idem; pág. 569: "Los que incorporan y atribuyen la condición de socio o de miembro de una sociedad, y todos los derechos que la integran en la forma establecida por la ley".

¹¹¹ Según Manuel Brosota Pont; idem; página 569: "Los que confieren a su poseedor legítimo la posesión mediata de las mercancías que mencionan, le facultan para exigir su restitución y le atribuyen un poder de disposición sobre ellas mediante la simple transmisión del título".

¹¹² José Manuel Valle Muñiz: "El Delito de Estafa"; editorial Bosch; página 68 y 69.

títulos-valores que existen, a no ser que en el fondo de la cuestión esté el interés mercantilista del empleo del cheque como una "segunda moneda".

Para apoyar esta afirmación, veamos que diferencias más importantes existen en relación con el cheque y los demás títulos valores de la clase de "los pecuniarios" que se contemplan en la Ley Cambiaria y del Cheque del 16 de julio de 1.985:

a) **Letras de Cambio.** Dicho documento mercantil es definido por URÍA ^[113] de la siguiente manera: "Es un título de crédito formal y completo, que obliga a pagar a su vencimiento, en un lugar determinado, una cantidad cierta de dinero a la persona primeramente designada en el documento, o a la orden de ésta a otra distinta también designada".

El libramiento de una letra de cambio, como se puede observar no es otra cosa que una declaración cambiaria, en virtud de la cual el librador crea el título, donde se expresa una orden de pago dirigida al librado, a favor del tomador o tenedores posteriores.

Antiguamente la letra de cambio servía para formalizar contratos de cambio de los cambista o banqueros, que cambiaban moneda presente por moneda ausente de una plaza a otra. Posteriormente se instrumentó como un mandato de pago; y al final también se emplea como un instrumento de crédito.

Es decir, actualmente la letra de cambio desempeña múltiples funciones: de pago (como letra comercial girada a la vista o a vencimiento determinado); de crédito (como letra financiera o de préstamo entre prestamista y prestatario); como un activo financiero (librada por un banco a su propio cargo y a favor de terceros); de garantía (del pago de una obligación preexistente), dado su carácter ejecutivo ^[114].

Referente a las diferencias jurídicas con el cheque, caben destacar que en la letra de cambio el librado puede ser cualquier tipo de persona física o jurídica, mientras que en el cheque solamente puede ser un banco o entidad de crédito.

Respecto a su transmisión, la letra sólo puede extenderse a la orden, con lo cual sólo puede circular por endoso, mientras que el cheque al poderse extender al portador o incluso sin designación de tenedor, es un título valor más apropiado para el pago inmediato.

¹¹³ Rodrigo Uría; *idem*; pág. 711

¹¹⁴ Francisco Vicent Chulia; *idem*; página 605

Por otra parte, el cheque no tiene vencimiento, es decir, es pagadero a la vista, mientras que la letra puede girarse a la vista o bajo otras modalidades en cuanto a su vencimiento, aunque en la letra que falte vencimiento será pagadera a la vista.

La letra puede ser aceptada, el cheque no, con la consiguiente inexistencia de acción cambiaria contra el librado, o sea, el librador en el cheque sólo garantiza el pago, mientras que en la letra puede garantizar el pago y la aceptación.

El plazo de prescripción de la acción de regreso en el cheque es más breve que en la letra, pues en el uno es de 6 meses, mientras que en la letra es de un año.

Así mismo el régimen fiscal de timbres es distinto, ya que en los cheques por lo general están exentos del mismo [115].

En las letras de cambio se podrá pactar intereses, cosa que en los cheques tal cláusula está prohibida según la L.C.CH.

A pesar de la importancia económica de las letras de cambio, su protección penal solamente estuvo contemplada en el Cód. de 1928. Al decir en su art. 725,21: "Los que con ánimo de defraudar expidieren un cheque o letra sin previa provisión de fondos o después de que la provisión hubiere sido retirada o retirándolos antes de que el cheque o letra puedan ser presentados al cobro".

Otro precedente legislativo, aunque éste no llegó a cuajar, fue el Proyecto de Ley Orgánica de 1980, en donde se diseñó un Título expreso para los "Delitos contra el orden socio-económico", y en su capítulo IV "De las intracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito", se creó la sección 1) "De la letra de cambio vacía".

Diciéndose en su art. 353: "Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, o multa de tres a doce meses, el que gire o negocie letra de cambio que no responda a una operación real, ocultando tal condición al tomador o endosatarios de la cambial, salvo que aquella ficción fuese deducible de la propia letra o de sus circunstancias, o que el librado hubiese firmado el acepto. El culpable quedará exento de pena si la letra fuere pagada voluntariamente llegado el día del vencimiento o en vía de regreso. Lo dispuesto en este artículo no será aplicable si el hecho constituye delito de estafa". [116]

¹¹⁵ Ver capítulo I, epígrafe V

¹¹⁶ Fuente: "Boletín Oficial de las Cortes Generales", Congreso de los Diputados, I Legislatura, Proyecto de Ley 17-6-80, núm. 107-II

Como indica URÍA ^[117]: "A los Bancos les interesa el descuento de las letras (anticipo del importe de las mismas, previo descuento de una comisión y de los intereses correspondientes) porque es buena colocación para los capitales que reciben en depósito, dada la fácil y rápida convertibilidad en dinero de las letras descontadas, mediante el redescuento de las mismas en el Banco de España; el descuento proporciona a los Bancos una garantía, consistente en la diferencia entre el tipo de interés que abonan a los depositantes y la tasa o tipo de descuento que perciben".

Dentro del tráfico mercantil de éstos documentos, existen lo que se llaman "**letras de favor**" ^[118], lo cual hasta cierto punto es lícito, siempre se haga de buena fe y con las garantías suficientes de solvencia, moralidad, y confianza entre las partes.

Lo que sucede es que habitualmente se abusa de ello, empleándose como un instrumento de fraude o de engaños peligrosos, tanto para los Bancos como para la economía en general, formándose con ellas las llamadas "cabalgatas de letras" o "letras de peloteo", lo cual implican grandes o pequeñas estafas, entrando de lleno dentro la aplicación del art. 529 del Código penal, con lo que dichos actos anormales ya están lo suficientemente protegidos penalmente.

Es curioso que en estos casos, en que la letra de cambio juega un papel tan importante dentro de la economía de una Nación, no se ya tenido en cuenta para nada la tan alardeada seguridad del tráfico mercantil. Lo cual no deja de ser una contradicción, incluso para aquellos aferrados defensores mercantilistas o algún sector de la doctrina penalista.

b) Pagarés. Según VICENT CHULIA ^[119] el pagaré puede definirse como: "Una promesa de pago de una suma de dinero al vencimiento, hecha a la persona del tomador o a su orden"; es decir, es una promesa pura y simple de pagar (art. 94,2 LCCH).

Los requisitos del pagaré se expresan en el art. 94 de la Ley Cambiaria, los cuales son según sus párrafos siguientes:

¹¹⁷ Rodrigo Uría, idem, página 714

¹¹⁸ Esto sucede cuando un comerciante necesitado con urgencia de dinero para su negocio, y no teniendo otra manera rápida para proporcionárselo, solicita de otro comerciante amigo suyo, le acepte una letra de cambio para presentarla al descuento, previa promesa de proveerle de fondos en la fecha de su vencimiento.

¹¹⁹ Francisco Vicent Chulia; idem; página 777

- 1) La denominación de pagaré insertada en el mismo texto del documento, expresado en el mismo idioma de la redacción de dicho título valor.
- 2) La expresión de ser una promesa de pagar una cantidad determinada en pesetas o moneda extraneja convertible admitida a cotización oficial [¹²⁰].
- 3) La indicación del vencimiento.
- 4) El lugar en que el pago haya de efectuarse.
- 5) El nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar [¹²¹].
- 6) La fecha y el lugar en que se firme el pagaré.
- 7) La firma del que emite el título, denominado firmante.

No obstante, son convalidables los siguientes defectos según el art. 95: "El pagaré cuyo vencimiento no esté indicado se considerará pagadero a la vista. A la falta de indicación especial, el lugar de emisión del título se considerará como lugar del pago, y al mismo tiempo, como lugar del domicilio del firmante. El pagaré que no indique el lugar de su emisión se considerará firmado en el lugar que figure junto al nombre del firmante".

Al igual que la letra de cambio y el cheque, en el pagaré constan los mismos elementos personales: librador, tenedor y librado, aunque en el pagaré y cheque, el librado no entra dentro de la relación cambiaria al no poder aceptar el documento.

Todos ellos son transmisibles por endoso, aunque el cheque también por tradición si es al portador; y pueden protestarse por falta de pago, aunque la letra de cambio y el pagaré también puede hacerse por falta de aceptación o visto (art. 97,2 LCCH).

Como puede observarse, el pagaré en una primera impresión parece que pudiera ser una letra de cambio librada al propio

¹²⁰ Una fórmula empleada es:
POR ESTE PAGARE ME CUMPROMETO A PAGAR EL DIA DEL VENCIMIENTO INDICADO

¹²¹ Según VICENT CHULIA; ídem; página 777. El pagaré según la Ley Cambiaria es considerado esencialmente como un título a la orden. Aunque al remitir el art. 96 su regulación del endoso a la letra de cambio (art. 14 a 24 LCCH), también se podrá transmitir por una cesión ordinaria, si el librador expresó "no a la orden", lo cual descarta la posibilidad de poder ser al portador

cargo [¹²²], lo que no es del todo cierto, ya que según el art. 97: "El firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio", es decir, no queda obligado como librador, si no como aceptante.

Lo cual repercute en una serie de efectos, el principal de ellos es que las acciones cambiarias del pagaré prescriben a los tres años, según el art. 88,1 LCCH.

Por otro lado, al haberse suprimido la anterior exigencia del derogado art. 532 Cód. Comercio, de que los "vales o pagarés" procedieran de operaciones comerciales para que fueran considerados títulos valores, se explica como el pagaré se ha reactivado considerablemente en la actualidad dentro del comercio nacional [¹²³]; pues si a ello unimos la ventaja de que el pagaré nunca a estado protegido penalmente, a pesar de sus importantes funciones económicas que representa [¹²⁴], se comprenderá fácilmente como actualmente existe la tendencia cada vez mayor de algunos clientes de los Bancos, a preferir el empleo de éste documento en el tráfico mercantil de sus operaciones, que el cheque, a pesar de que el cheque tenga la protección penal de la "seguridad del tráfico mercantil" del art. 563 bis-b.

Ya que con él se pueden postdatar los pagos, aunque solamente sea un día; se puede revocar sin ningún problema; y tanto puede ser un documento de pago como el cheque, como de crédito negociable como la letra de cambio.

Siendo además también un documento truncable de gran

¹²² Pues según el art. 96: "Serán aplicable al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes: Al endoso. Al vencimiento. Al pago. A las acciones por falta de pago. Al pago por intervención. A las copias. Al extravío, sustracción o destrucción. A la prescripción. Al cómputo de los plazos y a la prohibición de los días de gracia. Al lugar y domicilio. A las alteraciones, etc, etc".

¹²³ En el mismo sentido ILLESCAS en RDBB 1986 núm 22, p. 290

¹²⁴ Según Vicent Chulia; *idem*; pág. 774 y siguientes: "Instrumento de pago, de crédito (comercial y financiero), de garantía, y de activo financiero. Además de que la Ley del Mercado de Valores permite considerarlos como "valores", aunque no se emitan en serie.

Por otra parte, en su aspecto fiscal, la Ley de impuestos de Actos Jurídicos Documentados, no exige que el pago de timbres tenga que hacerse mediante el empleo de impresos oficiales, como las letras de cambio, sino que puede hacerse al igual que el cheque, con timbres móviles (art. 37,2 del TR)

seguridad, al ser necesario el endoso o la cesión ordinaria para su transmisión; no siendo necesario que vaya impreso en papel especial timbrado para su circulación; ni ser emitido en serie para poderse negociar en Bolsa, aunque si sea necesaria su homogeneidad.

Por otra parte, el pagaré también goza de la misma protección penal que la letra de cambio o el propio cheque, en caso de estafas y demás delitos patrimoniales; así como de las falsedades del Título III del Código Penal.

Sin contar con que además todos son actualmente títulos ejecutivos, y por tanto beneficios de las acciones civiles que les protegen.

3) Conclusiones

Con todo ello quisiera señalar, que el bien jurídico tutelado en el actual art. 563 bis-b es a nuestro entender, una **mera ilusión mercantilista**, lo cual en la realidad presente pueda NO tener el mismo valor moral ni legal que tuvo en tiempos pretéritos, ya que si el sujeto pasivo de este delito es la propia sociedad, al igual que en la letra de cambio y el pagaré, y éstos no se encuentran protegidos penalmente en este aspecto, no vemos razones de peso que lo hagan mantener en aquél.

Por consiguiente, tal regulación no deja de ser en nuestra opinión una **pobreza de miras**, en cuanto que SI la seguridad del tráfico jurídico mercantil es algo tan importante para que tenga que tenerse cuenta por el legislador democrático, en éste sentido, tal como lo hemos visto más arriba, no tiene porque ser algo restringido y exclusivo del cheque.

Por otra parte, se nos presenta bastante **dudosa la legitimidad** de dicho bien jurídico tutelado, ya que la excusa absolutoria que se contiene en el penúltimo párrafo de dicho artículo 563 bis-b, destruye su fundamento. [120]

De "extraña novedad" califica RODRIGUEZ DEVESA [121] a esta disposición. Es decir, aunque se libere un cheque sin fondos (en descubierto), si se paga dentro del plazo de cinco días a partir de la fecha de su presentación al cobro, o sea del impago producido, ya no será delito. Lo cual para dicho autor, significa que es una causa personal de exclusión de la pena, cuya razón radica en el arrepentimiento activo.

¹²⁰ Cuyo desarrollo de esta figura jurídica, se efectuará en el capítulo VI al tratar la Punibilidad de este delito.

¹²¹ José María Rodríguez Devesa; idem; página 531

Rara forma proteger la seguridad del tráfico mercantil, si se exime de responsabilidad penal al presunto autor del delito consumado, en cuanto éste pague al tomador el importe del cheque, pues como es sabido, el arrepentimiento dentro de la esfera penal, juega el papel de una atenuante (art. 9,9), no siendo nunca causa de eximente.

Finalmente señalar, que con la penalización del cheque en descubierto se han producido algunos efectos negativos dentro de su tráfico mercantil, pues a pesar de la reiterada insistencia de la jurisprudencia de que la postdatación escapa de la protección penal del cheque, por ser contrario a su naturaleza, lo cierto es que algunos "acreedores avisados buscando la coacción psicológica de la amenaza de la pena, o al menos del proceso penal, exigen a sus deudores la entrega de cheques, aunque sean postdatados, en garantía del pago futuro convenido, a lo que se accede fácilmente por el deudor" [127], si transcurrido el plazo el deudor no cumple, el acreedor tiene la amenaza penal en su manos, lo cual es volver, salvo prueba en contrario, a la "prisión por deudas".

Otro efecto negativo de tal proceder, es el fraude fiscal que se produce con la falta del empleo adecuado de los timbres en el cheque, pues en general solamente se usan en casos de tenerse que ejercitar las acciones que lo protegen (igual ocurre con los pagarés).

Por otra parte, a pesar de presagiarse el incremento de este documento como instrumento de pago, en base a su protección penal, la verdad es que actualmente el incremento espectacular lo han experimentado otros medios de pago, como por ejemplo la Tarjeta 4-B, que es utilizado por 3.500.000 de clientes de los Bancos del Grupo 4B, siendo admitido en 2.500 Telebancos 4B y en más de 75.000 comercios afiliados al Servicio de Telepago [128].

Lo más coherente para proteger la seguridad del tráfico mercantil sería, que los propios Bancos, Cajas de Ahorros y demás Entidades de crédito, exigieran un mínimo de garantías y solvencia a sus clientes, para otorgarles el uso del talonario de cheques, pues al no hacerse esto en aras del incremento del negocio bancario, en base a la fuerte competencia del mercado que existe, con ello lo que se consigue es perjudicar la confianza que inspira el cheque como instrumento de pago. [129]

127 Agustín Fernandez Albor; idem; página 75

128 Fuente: Banco Español de Crédito (Banesto) al 31-5-89

129 En este sentido se expresan en otros LLOBELL MUEDRA (El delito de cheque en descubierto; pág. 4 y sig.). AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR (Estudios sobre criminalidad económica; pag. 77).

Quizá ultimamente se empieza a notar alguna tendencia favorable, con la creación de las modernas supercuentas, como la "cuenta única", etc., que además de su alta rentabilidad, permiten obtener unas ciertas disponibilidades, así como otras ventajas en base a la necesidad de mantener un saldo mínimo.

IV) APTITUD DE OTROS BIENES JURIDICOS PARA PROTEGER AL CHEQUE

Si según la Ley penal, la cuestión del bien jurídico ya está definida, entonces me pregunto yo ¿El por qué de tanta discusión doctrinal sobre el tema?.

De que si es un atentado contra el patrimonio individual (del tenedor); o contra el valor económico incorporado; o al crédito subyacente, etc. etc.

¿No será que se está demostrando la artificialidad del bien jurídico del delito de cheque en descubierto, a pesar del apoyo jurisprudencial?. [130]

¿O será que nos estamos dando cuenta de la discriminación producida al resto de los títulos-valores pecuniarios, y se intenta conseguir a toda costa el mantenimiento del delito, aunque sea en base a otros bienes jurídicos?.

Veamos pues en este epígrafe, la posible aptitud de otros bienes jurídicos para proteger al cheque en descubierto, lo cual de ser afirmativo, haría innecesaria la creación de un bien jurídico nuevo dentro del Código penal, la "seguridad del tráfico mercantil".

1) El Patrimonio

Como hemos visto en otro lugar, la doctrina española dominante es absolutamente unitaria en entender que el bien jurídico protegido en el Título XIII no es "la propiedad", entendida ésta en su sentido estricto jurídico-privado del art. 348 C. Civil.

Por ello se intentó crear un concepto penal nuevo del

¹³⁰ Como señala el profesor QUINTERO OLIVARES: " Aparece entonces el valor económico como objeto principal de protección penal. El Código no buscará la defensa del cheque como instrumento mercantil, sino la de las personas que puedan ser perjudicadas por la desprovisión del mismo". En "El nuevo delito de cheque en descubierto"; ídem; pag. 709

derecho de propiedad, lo cual no es del todo factible, pues "la propiedad entendida en su sentido penal como el conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen un valor económico, no es más que lo que entiende por patrimonio la posición económica-jurídica mantenida entre otros por WELZEL en Alemania" [131].

Por consiguiente y para subsanar tal fracaso, la doctrina penalista ha intentado crear un concepto de bien jurídico que aglutine todos los delitos del Título XIII, llegando a la conclusión que éste debería de ser "el patrimonio", en vez que "la propiedad".

Lo que ocurre es, que salvo el alzamiento de bienes, las quiebras, concursos o insolvencias punibles, tampoco existen delitos contra el patrimonio como tal unidad, sino más bien que los delitos del título XIII, son delitos contra partes integrantes del mismo, como el uso, la posesión, el disfrute de la propiedad, los créditos, los derechos, etc.

Según ZUGALDIA [132]: "Los actuales delitos contra la propiedad, deberían de dividirse en dos grandes grupos: "El de los delitos -eminentemente colectivos- 'socioeconómicos' (insolvencias punibles, delitos relativos a la propiedad industrial y a los secretos industriales, delitos publicitarios, alteración de precios y prácticas restrictivas de la competencia, infracciones de los derechos de autor, delitos laborales, usura, delitos financieros, sustracción de la cosa propia a su utilidad social, delitos contra la Hacienda Pública y delitos relativos al control de cambios); y el 'grupo residual' -valga la expresión- compuesto fundamentalmente por las figuras del hurto, robo, apropiación indebida, estafa, receptación y daños". [133]

A mi entender, tal criterio pudiera en un principio ser válido para la diferenciación entre los delitos contra la

¹³¹ Según lo indica José Miguel Zugaldía Espinar: "Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio"; editorial Akal/iure; pag 13

¹³² José Miguel Zugaldía Espinar; idem; pág. 17

¹³³ En cambio, según señala dicho autor (pág. 22), para MUÑOZ CONDE, la denominación correcta sería "delitos patrimoniales". Unos de enriquecimiento (De apoderamiento -hurto, robo, extorsión, uso ilícito de vehículo de motor, usurpación-; Defraudaciones -estafa, apropiación indebida, infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, defraudaciones del fluido eléctrico y análogas, cheque en descubierto, insolvencias punibles-; y de Explotación -maquinaciones para alterar el precio de las cosas, usura, receptación-. Y otros sin enriquecimiento- daños, incendios y estragos-.

propiedad y los delitos contra el patrimonio, ya que en los primeros, el ataque es fundamentalmente contra la disposición o posesión de la cosa, no condicionando de por sí ningún perjuicio patrimonial en general, es decir, son actos de expropiación contra la propiedad, sean valorable o no.

En cambio en los segundos, el ataque se dirige contra el patrimonio en su conjunto, es decir, provocan una reducción o disminución del mismo valorable de alguna forma, lo cual es siempre causa de un perjuicio valorable económicamente.

Con lo cual, el Título XIII habría que dividirlo en un principio en dos capítulos: 1) Delitos contra la Propiedad; y 2) Delitos contra el Patrimonio.

Si bien la inclusión de cada delito en concreto dentro de cada uno de los dos grupos antedichos, habría que analizarla en profundidad.

Pudiendo a priori formarse el primer grupo con los delitos de: robos; hurtos; utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos; usura; usurpación; apropiación indebida; de las infracciones de autor y de la propiedad intelectual; el incendio y otros estragos; y de los daños.

Mientras que el segundo, estaría formado por: El alzamiento de bienes; las quiebras, concursos e insolvencias punibles; las estafas; las defraudaciones (tanto civiles, como mercantiles); y los encubrimientos con ánimo de lucro.

En el caso del delito del cheque en descubierto del art. 563 bis-b, quedó claro que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil, siendo un bien colectivo fuera de cualquier perjuicio patrimonial, e incluso de la propiedad.

Pero si entendemos, tal como se ha demostrado más arriba, que en tal delito lo que se tipifica y en realidad se protege, es una defraudación de las expectativas de cobro, llegamos a la conclusión que el bien jurídico protegido en el mismo es el patrimonio individual del tomador ^[134], no siendo en consecuencia necesario la creación de un bien jurídico abstracto y extraño al Derecho penal, como es la seguridad del tráfico mercantil.

a) **Conceptos.** Conviene aclarar que del concepto de patrimonio se han formulado al menos tres versiones:

1) **Concepto jurídico.** Según esta concepción del patrimonio, este

¹³⁴ Tomás S. Vives Antón y otros; idem P.E.; página 968. En igual criterio Francisco Muñoz Conde; idem P.E.; página 277

está formado por aquellos valores que son reconocidos como derechos subjetivos patrimoniales del sujeto, es decir, en derechos reconocidos jurídicamente.

En consecuencia y según VALLE MUÑIZ [135]: "Sólo existe lesión de derechos patrimoniales, no de posiciones económicas jurídicamente protegidas, y además, hay perjuicio tanto si la cosa objeto del delito carece de valor económico, como si la contraprestación tuviere un valor económico completamente equivalente".

2) **Concepto económico.** Al contrario que la anterior, en éste el patrimonio está formado por el conjunto de bienes económicamente valorables, aunque no gocen de un reconocimiento por parte del Derecho, tanto privado como público.

Según ZUGALDIA [136]: "La crítica que se ha dirigido fundamentalmente contra esta construcción radica en su desmesurada amplitud, al aceptar que forman parte del patrimonio valores poseídos antijurídicamente, cuando sólo deben merecer protección penal los valores económicos jurídicamente reconocidos".

3) **Concepto económico-jurídico o mixto.** El patrimonio de una persona está formado, según WELZEL, por: "la suma de los valores económicos puestos a disposición de alguien bajo la protección del Ordenamiento Jurídico".

Dicho concepto es el que goza en la actualidad de una mayor aceptación, tanto en la doctrina alemana, italiana, como en la española, el cual es al que nosotros nos referimos en el cheque en descubierto.

Penalizar la seguridad del tráfico mercantil, no es otra cosa que penalizar el cumplimiento de las obligaciones civiles, lo cual es volver a la antigua "prisión por deudas", es decir, y en palabras de BUSTOS RAMIREZ [137]: "Las deudas en si no fundamentan la intervención punitiva. No pueden erigirse en bien jurídico, ya que como tales, son un dato necesario e indispensable en las relaciones entre los individuos. Se trataría claramente de un abuso que chocaría con los principios de un Estado social y democrático de Derecho. Por eso la protección de patrimonio es siempre adjetivada; no es el patrimonio a secas. De

¹³⁵ José Manuel Valle Muñiz: "El Delito de Estafa"; editorial Bosch; página 81

¹³⁶ José Miguel Zugaldía Espinar; idem; página 55

¹³⁷ Juan Bustos Ramírez (y Javier Boix Reig): "Los Delitos contra la Hacienda Pública"; editorial Tecnos; página 19

ahí entonces, que en este caso tiene que haber un engaño y un ánimo de defraudar o de lucro".

2) La Fe Publica

No siempre se ha entendido a la fe publica, como un bien jurídico adecuado para tutelar la autenticidad o veracidad de los documentos.

En una **primera época**, VON LISTZ junto con otros autores [138], se opusó al entendimiento de que la fe publica fuera el objeto jurídicos de los delitos de falsedad, en cuyo ámbito se protegían a los documentos, no por sí mismos, sino en atención a otros bienes jurídicos.

En igual sentido se expresó COPELLI, para el cual, la falsedad no era más que un medio para consumar otro delito generalmente contra el patrimonio, constituyendo la misma una circunstancia agravante de este segundo delito, por consiguiente no podía hablarse de una falsedad con autonomía de objetividad jurídica.

En otra línea diferente, según indica CASAS BARQUERO [139], KLEINSCHOR, "ve en la falsedad una variedad de la estafa, un delito contra la propiedad, más propiamente una violación de la propiedad mediante la supresión o alteración de la verdad, una lesión patrimonial que se liga a un peligro de inseguridad para la propiedad de todos".

De la misma opinión eran FEUERBACH Y KLIEN, para quienes la falsedad no lesionaba un bien determinado, sino que podían ofender a diversos bienes, es decir, es indeterminado.

Surgiendo **posteriormente**, la teoría de la "pluriofensividad" de los delitos de falsedad. Entre sus autores destaca ANTOLISEI, entendiendo que en los delitos contra la fe pública existen dos ofensas, una común a todos los delitos del grupo, la fe pública; y otra que varía de delito en delito, es decir, al interés específico del atentado.

Para LEONE, la falsedad no es nunca un fin en sí mismo. No se falsifica por falsificar, y con ello atentar contra la fe pública, sino que se falsifica para conseguir un resultado económico que va más allá de la falsificación

¹³⁸ ANTONIONI, LOASSES, FARESE, DE MARSICO, CARMIGNANI, GIULIANI, etc. Según relaciona Enrique Casas Barquero: "El Delito de Falsedad en Documento Privado"; editorial Bosch; pág. 38 y sig

¹³⁹ Enrique Casas Barquero; idem; pág. 43

En contra de esta teoría se formularon varias críticas, entre ellas las de CRISTIANI, al afirmar que la norma que tutela las falsedades, no recoge la incriminación de las hipótesis de otros perjuicios de bienes.

Por otra parte las de GALIANI, para el cual extender la protección fuera del grupo delictivo de las falsedades, es decir, en "los intereses específicos garantizados por la genuinidad y veracidad del documento significa, en realidad, extender la esfera de la protección penal hasta un ámbito que abarque toda violación de los bienes de los terceros dinamante de la actividad engañadora, en forma prácticamente ilimitada" [140].

Como señala SANTORO: "La creación de un delito pluriofensivo, no puede ser creación del intérprete, sino que ha de resultar del texto normativo, según el cual varios intereses deben tenerse presentes por el legislador en la construcción de un determinado delito".

Con lo cual y según ZUCCALA: "La fe pública es un real interés social merecedor de protección por parte del Estado, y no una categoría abstracta, quedando injustificada la pretensión de una ulterior lesión para la perfección del delito de falsedad".

Actualmente se parte de la idea de que la fe pública es el único bien jurídico que está protegido en la incriminación de las falsedades.

Según CASAS BARQUERO [141]: "Aquello que se trata de sancionar con la tipificación de las falsedades, no es en ningún caso el fin ulterior que se pudiera proponer el sujeto activo de la falsedad, sino que se castiga la falsedad con independencia del fin perseguido por el culpable. La infracción está exclusivamente en la falsedad de los documentos".

Es decir, lo que se tutela es la veracidad o verdad jurídica de las actuaciones documentales, que a la postre sirven como medios probatorios en las relaciones contractuales.

Señalándose por dicho autor, de que existen dos aceptaciones de la fe pública: una subjetiva y otra objetiva.

La primera viene a entenderse como "una actitud psicológica de la persona, como un sentimiento o estado de ánimo de la colectividad, en consideración a los documentos".

La segunda es "el crédito o la certeza de que gozan los

¹⁴⁰ Enrique Casas Barquero; idem; pág. 57

¹⁴¹ Idem, página 48

documentos o que deben atribuirse a los mismos" [142]. La fe pública de este modo, se apoya en la "autoridad" que forzosamente otorga tal calidad a los documentos.

Sin embargo CARRARA distingue la fe privada de la fe pública. "Estima que para que la fe pública exista, se precisa que medie un acto de autoridad, y para ello el Derecho, no solamente establece funcionarios encargados de autenticar, sino también una serie de medios de autenticidad, cuales son los sellos, timbres, marcas, etc. En el orden al documento privado, resalta que se falsedad no es constitutiva de un delito contra la fe pública, sino contra la propiedad. Por eso, a diferencia del documento público, en el documento privado, no basta la falsedad por si sola para integrar el delito, siendo precisa además la irrogación de un daño efectivo, y no el meramente eventual o posible" [143]

En cambio para PESSINA, admitiendo que "el documento privado no tiene la importancia y la plenitud de eficacia jurídica que se encierra en el documento público", admite sin embargo, "que posee la índole de prueba jurídicamente apta para certificar su contenido y tiene por la ley el reconocimiento de determinada eficacia jurídica. No resulta en su virtud correcto considerar la falsedad en documento privado como una simple violación de la fe privada". [144]

En esta línea se sitúa MANZINI, al considerar que el "objeto de la tutela penal en los delitos de falsedad en documento privado, el interés de garantizar el bien jurídico de la fe pública, en cuanto se refiere a la fe pública documental, no encuanto ésta se considera como el especial atributo jurídico que el Estado confiere a los documentos formados mediante la documentación oficial, sino como una propiedad de los documentos en general, a los cuales son por la ley reconocidos elementos más o menos considerables de prueba".

"Todas las escrituras privadas que tengan un contenido jurídicamente relevante, y sean documentos, tienen potencialidad probatoria, y por tanto atraen la fe pública, ya la ley les atribuya 'eficacia probatoria privilegiada', ya les reconozca como 'comunes medios de prueba escrita', ya les considere como documentos que constituyan un simple 'principio de prueba escrita'". [145]

¹⁴² Enrique Casas Barquero; idem; pág. 61

¹⁴³ En igual sentido FILANGIERI, OLIVIERI, GROIZARD, etc.

¹⁴⁴ Idem, pág. 67

¹⁴⁵ Idem, pág. 76

En definitiva la fe pública es un bien colectivo, y la falsedad no consiste en la forma falsa en sí, sino en una falsificación de la prueba, ya que el derecho confiere cierto valor probatorio a los documentos, los cuales han de producir confianza en el público en general dentro del tráfico jurídico documental.

En relación directa a la cuestión con el art. 563 bis-b, el profesor VIVES ANTON efectua unas interesantes reflexiones sobre el bien jurídico materia de nuestro estudio.

Diciendo que: "La seguridad del tráfico mercantil no alude, a diferencia de lo que ocurre con la seguridad del tráfico jurídico (postulada como objeto de protección en los delitos de falsedad), a un interés social en la autenticidad o en la veracidad del cheque".

Pues el cheque en descubierto -según dicho autor- es tan auténtico como el que tiene la provisión. "Y por lo que a la veracidad respecta, el contenido del documento consiste en un mandato de pago, esto es, en una proposición, que por su propia naturaleza, no puede ser ni verdadera ni falsa. Cuestión distinta es la de que el cheque sin provisión pueda inducir a engaño; pero en modo alguno resulta un documento inveraz". [146]

Cuestión que a mi entender puede ser debatible, pues en sentido material o intrínseco el cheque en descubierto es una falsedad, entendiendo por la misma como la falta de veracidad o autenticidad del documento, ya que se está afirmando que el mandato de pago es conforme por una determinada cantidad, elemento que si es fundamental para la validez del cheque en sentido formal, es decir, se falsea un elemento extrínseco del mismo, su obligación patrimonial [147].

En este sentido lo ha puesto de relieve la jurisprudencia [148]. Ya que según indica CASAS BARBARO: "Después de considerar (la jurisprudencia) a la falsedad en documento público como un atentado a un interés colectivo y general, y como tal merecedor

¹⁴⁶ Tomás S. Vives Antón (y otros); idem P.E.; pág. 968

¹⁴⁷ Ver ampliación concepto en capítulo I, epígrafe 4)

¹⁴⁸ Sentencias del T.S. 7 y 18-4-64, así como 9-11-71 que dice: "Frente a la falsificación de documentos públicos y oficiales, que se satisface con el perjuicio general y abstracto contra la fe pública y el tráfico jurídico implícito en tales atentados, la falsedad documental privada precisa un concreto perjuicio de tercero, o al menos, de propósito de causarlo, que así deviene un elemento subjetivo del injusto, que convierte a la infracción en similar a las patrimoniales.."

de fe pública, varía de dirección en cuanto a la consideración del bien jurídico atacado por las falsificaciones en documentos privados, cuyo objeto de tutela se constituye en un interés concreto e individual, y por tanto según se expresa jurisprudencialmente, también en base a las exigencias típicas de irrogación del perjuicio de tercero, con lo que fácilmente puede deducirse la consideración del bien jurídico protegido como aquél referente a la propiedad patrimonial, asimilándose en suma al de los delitos de estafa, no obstante diferenciarlo de éste" [147]

Matizando dicho autor [150]: "Que la finalidad esencial pretendida con la incriminación positiva de la falsificación en documento privado pudiera concretarse en la fe pública documental, y más propiamente en la seguridad y celeridad del tráfico jurídico documental, ya que la primera dimensión conceptual desemboca necesariamente en el mantenimiento de la segunda".

Si bien cabe puntualizar por mi parte, que el cheque en descubierto está formado por un documento mercantil [151], en consecuencia de serle aplicable lo sería el art. 303 en relación con el art. 302, 4 (Faltando a la verdad en la narración de los hechos). Caracterizado dicho artículo por una infracción eminentemente formalista, dirigida fundamentalmente contra la seguridad y la autenticidad del tráfico jurídico-mercantil.

Con lo cual el bien jurídico tutelado en el art. 563 bis-b, se hace un poco redundante en esta materia y discriminatorio por otro lado. [152]

147 Enrique Casas Barquero, idem, pág. 142

150 Idem, pág. 153

151 Entre ellas las del 20-5-82; 20-1-83; 8-3, 11-4 y 17-5-85; 2-1-86; 20-10-87; 14-3-88

152 Según se tratará en los cap. IV y V, epígrafes 4)

CAPITULO CUARTO

JUICIO DE ANTIJURICIDAD

JUICIO DE ANTIJURICIDAD:

Por Antijuricidad hemos de entender: Un hecho contrario a Derecho [¹]

Así la definió RODRIGUEZ DEVESA [²], la antijuricidad es: "Conducta contraria a derecho". En igual sentido ANTON ONECA [³]: "Acción que infringe normas de derecho".

De entre estas definiciones y de la mayoría de la doctrina, se extrae que la opinión dominante sobre la naturaleza de la antijuricidad es, a favor de la tendencia "objetiva" de la misma, es decir, tal como señala el profesor SAINZ CANTERO [⁴]: "Una conducta es antijurídica cuando contradice las normas objetivas del Derecho".

Junto a ésta tendencia, existe la "subjetiva" o teoría de los imperativos, por la cual, "No basta con que externamente la acción sea contraria a las normas objetivas de valoración, es necesario además un acto anímico del sujeto -la voluntad contraria al Derecho- para que la conducta pueda calificarse de antijurídica".

Por otra parte, la doctrina extiende el estudio de la antijuricidad a su contenido. Indicándose dos vertientes: "Formal y Material"

La formal significa: "relación de contradicción de un hecho con el Derecho" y la material: "Lesión o puesta en peligro de un bien jurídico" [⁵]

Como señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON,

¹ MEZGER: "Juicio impersonal-objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico".

WELZEL: "La Antijuricidad es un adjetivo o predicado significativo de la contrariedad de una conducta respecto al Ordenamiento".

² JM. Rodriguez DEvesa, idem, pág. 386

³ José Antón Oneca, idem, pág. 200

⁴ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 309

⁵ S. Mir Puig: Derecho Penal (PG); editorial PPU; página 135

esto va ligado al problema de las fuentes del Derecho Penal [6]. Si bien según indican dichos autores, debe descartarse la existencia de dos clases de antijuricidad diferentes, pues ello atentaría contra el principio de legalidad.

Según RODRIGUEZ DEVESEA [7]: "La teoría de que todo delito es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es insostenible a la vista del derecho positivo"; ya que existen en nuestro Código penal, muchas figuras de delitos en los cuales no es necesario la definición del bien jurídico protegido; piénsese por ejemplo en los delitos de omisión o los de simple actividad.

Por eso para dicho autor, las acciones antijurídicas, consisten siempre en la infracción de un deber de cuidado impuesto por la Ley, es decir, en puridad jurídica y como observaba PETROCELLI: "La lesividad social del comportamiento sólo es relevante jurídicamente en tanto en cuanto implique una contradicción con las normas jurídicas".

Para los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN [8], calificar una conducta de antijurídica: "Es preciso que reúna los caracteres ónticos descritos en el precepto que le haya de ser aplicable y que realice, a la vez el injusto tipificado en él".

Según dichos autores: "Por consiguiente, en el juicio de antijuricidad procede examinar, primero, la formulación y realización del tipo y, posteriormente, la presencia o ausencia de causas de justificación.". [9]

O sea, lo primero tendremos que saber, es lo que se entienda por el carácter "tipo" dentro del delito, para seguidamente analizar sus funciones. Con ello obtendremos su justificación en relación a la Antijuricidad, en base a las causas de exclusión de la Tipicidad.

Finalmente concluiremos el "juicio de antijuricidad", viendo las causas de justificación de la misma, todo ello en relación al delito del cheque en descubierto.

* M. Cobo del Rosal y Vives Antón: Derecho Penal (PB); editorial: Tirant Lo Blanch; página 223. Definiciones: "Se entiende por antijuricidad 'formal' la contradicción del hecho con la Ley, y por antijuricidad 'material' su contraste con los intereses sociales, es decir, su lesividad social".

7 JM. Rodriguez Devesa, idem, pág. 407 (7 edición)

8 M. Cobo del Rosal y Vives Antón; idem; página 224

9 En igual sentido MIR PUIG; idem; página 124

I) FUNCION DEL TIPO DE INJUSTO

El penalista, después de comprobar que una conducta humana reúne todos los requisitos de la acción ^[10], para ver si un hecho es delictivo o no, ha de pasar a examinar si la misma esta comprendida entre alguno de los tipos de delitos contenidos en la Ley Penal, parte especial.

En la actualidad, el concepto del tipo es entendido mayoritariamente, como tipo del injusto ^[11].

Según COBU DEL ROSAL y VIVES ANTÓN ^[12], al mismo hay que verlo como: "Delimitación de las características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva".

Doctrinalmente existe una cierta unanimidad ^[13] en cuanto a los **elementos del tipo**. Estos pueden ser de dos clases ^[14]: "descriptivos" y "normativos".

Los primeros están formados por componentes objetivos, es decir, por descripciones legales (verbos expresando una acción) y componentes subjetivos, o sea, descripciones anímicas del sujeto o de un tercero (expresando generalmente el dolo o culpa).

¹⁰ No toda la doctrina está de acuerdo en incluir a la acción como un carácter del delito, ni en todas las etapas históricas se ha tenido el mismo concepto.

Según indica RODRIGUEZ RAMOS: Derecho Penal (PG), página 162: "A lo largo de la dogmática penal se ha barajado tres teorías 1) La Causalista (conducta humana producida por la voluntad y que produce un cambio en el mundo exterior); 2) La Finalista (conducta humana dirigida por la voluntad hacia un determinado resultado); y 3) La social (relación valorativa de comportamientos del individuo con el mundo social).

¹¹ Si bien existen varias aceptaciones, ver José A. Sainz Cantero, idem, página 275; Rodríguez Devesa, idem, pág. 396

¹² M. Cobo del Rosal y F.S. Vives Antón, idem, pág. 213 y 215

¹³ Si bien como apuntan dichos autores, no existe unanimidad en la determinación de cuales sean los elementos concretos integradores del tipo, dependiendo de la posición doctrinal de la cual se parta.

¹⁴ Ver al respecto:

-Rodríguez Devesa, idem pág. 398 (ec.79)

-José Sainz Cantero, idem, pág. 291

-José Antón Oneca, idem, pág. 208

Los segundos, son elementos normativos que han de ser interpretados por el jurista bajo una referencia jurídica (por ejemplo art. 514) o cultural (art. 431).

Por su parte JESCHECK [¹⁵], entiende que el tipo en principio se compone de dos elementos: a) Su armazón externo lo integran los elementos objetivos del tipo, entre los que cuenta la relación de causalidad entre la acción y el resultado; b) Los elementos subjetivos del tipo, que sirven para una más concreta caracterización de la voluntad típica de la acción. El elemento central del tipo subjetivo es el dolo, y su negación es el error de tipo.

No cabe olvidar, que si bien los tipos son de índole descriptivo o normativo, éstos pueden estar formulados positiva o negativamente [¹⁶], incluyendo a personas distintas a la del sujeto activo.

Al tipo, la doctrina mayoritariamente le atribuyen tres funciones:

a) Delimitadora del área de lo penal. Recogida en el art. 1.1 C.P. y completada por el art. 23 C.P., desarrollando los arts. 25,1 y 9,3 de la Constitución.

b) Indicatoria de la antijuricidad. Por lo general el legislador suele tipificar a las acciones que son antijurídicas, por consiguiente las figuras delictivas que se describan serán en abstracto contrarias a derecho.

c) Motivadora. En cuanto orienta las conductas hacia lo legal; basada en dos mecanismos: el temor a que se imponga una pena, y el descrédito social de quien se encuentra dentro de una conducta tipificada por el derecho Penal.

También se añaden otras funciones al tipo, como la "procesal"; la "fundamentadora" (COBO / VIVES [¹⁷]); la "garantista" (QUINTERO OLIVARES); "garantizadora y conminatoria" (ANTON ONECA). En mi opinión, algunas de ellas no dejan de ser lo mismo pero con diferente nombre.

¹⁵ Hans-Heinrich Jescheck: "Tratado de Derecho Penal", página 373, editorial Bosch (tomo I) traducc. S.Mir y F.Muñoz

¹⁶ Rodríguez Devesa, idem, pág. 398

¹⁷ M. Cobo del Rosal y Vives Antón. Idem; página 223. "El tipo ejerce dos funciones esenciales en el delito: Un papel 'fundamentador' del injusto, junto a otro 'delimitador' de lo que es relevante para el derecho Penal.

1) Su relación con la Antijuricidad

En el siglo pasado existía la concepción "bipartita" del delito (defendida por CARRARA), donde la antijuricidad no era elemento integrante del concepto, sino la esencia misma del delito; el grave inconveniente que tenía esta concepción, era la imposibilidad de establecer diferencias en las causas de exclusión de la responsabilidad criminal.

Como indica ANTON ONECA [18], se distinguían en consecuencia dos caracteres del delito: el objetivo, formado por la "acción" externa del hombre; y el subjetivo, consistente en una actuación anímica a la que se da el nombre de "culpabilidad".

Posteriormente, la doctrina alemana (LISZT Y BELING), al incorporar la "antijuricidad" al concepto del delito, amplió los caracteres del delito a tres [19], formando la llamada concepción "tripartita" del mismo [20].

Fue BELING en 1906, quien habló por primera vez de la Tipicidad [21], como de un componente más en el concepto delito.

Para éste autor [22] el "tatbestand" (traducido como hecho delictivo), es un concepto puro, sin contenido propio, es decir, se trata simplemente de la descripción de las características

¹⁸ José Antón Oneca: "Derecho Penal"; editorial Akal; página 155

¹⁹ Aunque también se habló de la Penalidad

²⁰ José María Rodríguez Devesa, idem, pág. 318 y siguientes

²¹ Historicamente tenemos entre otras las definiciones del propio BELING, para el cual el tipo es: "La descripción de la parte externa de la acción punible".

Incluso la de MEZGER, para el cual la tipicidad es: la "ratio essendi de la antijuricidad".

Como contemporáneos, podemos señalar a RODRIGUEZ MOURULLO: tipicidad es: "El conjunto de las características de la acción prohibida que fundamentan su antijuricidad".

Para RODRIGUEZ DEVESA la tipicidad es una consecuencia lógica de la legalidad; englobándola dentro de la antijuricidad.

En ésta misma línea se encuentra, a ANTON ONECA, la tipicidad es el carácter positivo de la antijuricidad, junto con el negativo, que para dicho autor son las causas de justificación de la misma, es decir, las eximentes.

²² Como apunta COBO DEL ROSAL en obra cita, página 213

objetivas de un hecho punible.

Sin embargo, fue en las formulaciones "neokantianas", MAYER y MEZGER para quienes la tipicidad esta incluida en la antijuricidad, cuando el tipo perdió toda neutralidad valorativa, por cuanto muchos de ellos (tipos de delitos) llevaban incorporado, además de sus elementos descriptivos, sus elementos normativos, como antes hemos vistos.

En la actualidad, estas dos posiciones doctrinales se encuentran reflejadas, según MIR PUIG [23], en el "finalismo y la teoría de los elementos negativos del tipo".

En consecuencia, actualmente aunque existan matizaciones, ya un consenso sobre el tipo. Según señalan los profesores CUBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [24]: "El tipo es concebido como el conjunto de características que determinan el injusto específico de cada figura de delito, con independencia de que existan discrepancias sobre cuáles sean estas características (elementos) integrantes del tipo".

Doctrinalmente existe acuerdo pues, sobre la relación entre tipicidad y antijuricidad: "Para que una conducta antijurídica constituya delito, es preciso que sea penalmente típica" [25]

Como señala RODRIGUEZ DEVESA [26]: "Una conducta puede ser antijurídica y no estar tipificada en una ley penal"; pero según dicho autor y al entender de la mayoría de la doctrina: "Sólo una conducta típicamente antijurídica puede constituir delito"; razonamiento que tiene su fundamento en el art. 25,1 de la Constitución y en el propio art. 1,1 C.P.

¿Pero quién dicta o describe los tipos de injusto? ¿Que finalidad han de tener?

Evidentemente que a la primera cuestión, ha de responderse que es al poder Legislativo o en su caso al Ejecutivo a quien la Constitución les otorga tal función (arts. 81 y 82), en consecuencia, no ha de ser el poder Judicial quien de vida a las leyes al interpretarlas, pues en algunas ocasiones contradicen al Legislador, como se verá durante este capítulo.

En referencia a la segunda cuestión, y como dice el art. 117

23 Idem; página 156

24 Idem; página 235.

25 S. Mir Puig; idem; página 154

26 JM Rodriguez Devesa, idem, pag. 385

de la Ley Suprema "La justicia emana del pueblo.." en tal caso, el legislador ha de intentar recoger en sus mandatos, cual es la voluntad mayoritaria e imperante dentro de la sociedad a la cual se debe, es decir, ha de evolucionar con ella, si no quiere distanciarse de la realidad y en consecuencia de la justicia; por eso solamente tiene que tipificar aquellas conductas realmente dignas de un reproche social mayoritario, para así legitimar sus normas, o sea, la antijuricidad de las mismas.

II) LOS SUJETOS: PASIVO Y ACTIVO.

Doctrinalmente se entiende, que dentro del delito los sujetos pueden ser de dos clases: 1) pasivos y 2) activos".

Como dice RODRIGUEZ DEVESEA [27], el sujeto pasivo: "Es el titular del interés jurídicamente protegido, atacado por el delito".

En igual sentido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [28]. "Solo la titularidad del bien jurídico determina la condición del sujeto pasivo".

Estos pueden ser sujetos de todo tipo: tanto personas físicas como jurídicas (organismos, corporaciones, asociaciones, fundaciones, comunidades, instituciones, etc, según art 35 C.Cv)

Por ello y en el caso concreto de la figura delictiva del cheque en descubierto, lo será toda la sociedad en general, representado según algunos autores por el propio Estado.

En consecuencia, la seguridad jurídica del tráfico mercantil no es patrimonio de nadie en concreto, ya que al tomador/tenedor particular que se perjudique con esta acción, lo será por una lesión concreta a su patrimonio, cuyo bien jurídico como hemos visto es diferente al del art. 563 bis-b.

Lo cual no deja de ser un contrasentido, pues como demuestra la realidad, el tomador/tenedor denunciará el delito en cuestión, si realmente se ve perjudicado en su patrimonio. Si no, véase por ejemplo la actitud de Bancos y Cajas ante este delito.

²⁷ José M. Rodríguez Devesa, *idem*, página 379 (ed. /)

²⁸ *Idem*; página 273: "Sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido por la norma concreta o, dicho desde otra perspectiva, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito".

Conviene aclarar que la figura del perjudicado [29], puede ser diferente a la del sujeto pasivo. Por ejemplo, en el caso de asesinato además de quitar la vida al sujeto pasivo, se puede perjudicar a la familia; en el cheque en descubierto, el perjudicado lo será el tomador del documento.

En cambio, el sujeto activo sólo pueden ser las personas físicas, pues a las personas jurídicas se les aplica el principio de "societas delinquere non potest" (la sociedad no puede delinquir), además de taltarles la capacidad de culpabilidad y la capacidad de la punibilidad.

Sin embargo el nuevo artículo 15 bis (incorporado por L.O. 8/83), abrió la vía de la responsabilidad penal de los directores y órganos de gestión de las personas jurídicas; aunque con anterioridad ya existía jurisprudencia en esta materia, según S.T.S. 23-09 y 8-10-70, su incidencia fue prácticamente escasa.

Como indica CUBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN [30]: "El sujeto activo no se identifica con el autor". Con el primero se describe un elemento más del tipo, con el segundo se analiza en que forma se interviene en su realización.

Al ser el art. 563 bis-h un delito especial [31], la mayoría de la doctrina entiende que sólo puede ser sujeto activo de sus párrafos primero y segundo el librador; y del párrafo tercero el tomador o tenedor del documento.

En consecuencia, para saber quien es cada cual nos tendremos que remitir a la Ley Mercantil. El librador según los arts. 106,6 y 112 de la Ley Cambiaria será aquel que firma un cheque suyo o por cuenta de un tercero. El tomador o tenedor viene expresado en el art. 1,5 Ley Cambiaria como: "la persona a quien se ha de hacer el pago.", en relación arts. 111 y 120 de dicha Ley, la cual es bastante imprecisa, al no existir definiciones concretas.

Por ello tendremos que acudir a la doctrina para sacar unas conclusiones más exactas. Entre ellas es de resaltar la de GRACIA MARTIN [32]: "El librador del cheque es la persona que sea parte, frente al librado, de un contrato de cheque por el cual tiene disponibilidad de los fondos con que a provisto al librado, en

29 * Ver artículo 104,1 en relación con el 105,2 C.P. (la responsabilidad civil de los delitos)

30 Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, ídem, pág. 267

31 Ver el epígrafe IV) Clase de Tipo

32 Luis Gracia Martín: "El actuar en lugar de otro en Derecho penal", tomo 1, página 96

concepto de dueño [33]. Pues bien, cabrá imaginar supuestos en los que el firmante del cheque sin provisión de fondos, o el que retira los fondos, sea el órgano de una persona jurídica, o el representante de ésta o de una persona física. También, en relación con el número tercero del art. 563 bis-b, podrá suceder que el tomador y posterior endosante sea una persona, y que el que lo entregue sea el representante de ésta".

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende, que el librador debe de ser el titular de una cuenta corriente bancaria [34]; así como también será librador quien firme por cuenta de su mandatario, sea esta persona física o jurídica, pudiéndoseles igualmente a aquellos interponer querellas por el delito de cheque en descubierto [35].

No obstante conviene señalar, que no toda la representación es igual. Como indica BALDO DEL CASTAÑO [36]: "La doctrina mayoritaria viene distinguiendo entre la modalidad de emisión de cheque por cuenta ajena y la realizada por mandato representativo". En efecto, son cuestiones totalmente distintas, pues si el librador firmase como representante de un tercero, sería el tercero así representado quien quedaría obligado como librador, y no el que haya firmado como su representante" [37].

Por ello, nos encontramos con que existen una serie de casos prácticos, en los cuales algunos intervinientes podrán obrar sin

³³ En igual sentido GARRIGUES, pág. 953; URÍA pág. 785

³⁴ Sentencias 27-3-84, 29-10-86, 25-6-87, 3-7-87, 14-5-90

³⁵ S.T.S. 29-10-86: "Todos los tipos comprendidos en el art. 563 bis-b del C.P., aunque en él no se diga expresamente, están concebidos sobre el presupuesto de una titularidad sobre cuenta propia, no obstante lo cual, la Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones.., del supuesto de cheques emitidos contra cuenta ajena por apoderado o representante, con firma reconocida y facultades para librar cheques con cargo a cuenta de otro, en los que concurrían todos los elementos integrantes del tipo delictivo, y entre ellos, el conocimiento por parte del apoderado o representante de que en la fecha consignada en el documento no existían en la cuenta contra la que se libraba fondos suficientes en poder del librado para hacerlo efectivo".

³⁶ Vicente Baldó del Castaño, *idem*, página 80

³⁷ Sin perjuicio de la responsabilidad civil derivada en general de los delitos y faltas (arts. 19 a 22 C.P.), así como de lo dispuesto en el art. 117 de la L.C.CH.

miedo a una posible represión penal de sus actos, en el supuesto de que emitiesen un cheque en descubierto como representantes de sus representados.

Un caso de particular relieve dentro del tráfico bancario lo tenemos en: Cuentas con autorización de disposición a terceros.

La experiencia demuestra que en muchos de los cheques emitidos en esta forma, no se expresa en el cheque el "p.o." (por orden), propio de quien actúa en representación de otro y libra un cheque; o el "por poder" (p.p.), si las personas actúan a través de apoderado, por lo cual éstos libradores quedan impunes.

Al igual que ocurría con las antiguas cuentas abiertas a nombres comerciales no registrados, o de sociedades irregulares; cuestión que el Banco de España trató de corregir (entre otras cosas) por medio de su circular num. 16 del año 1992, con la incorporación del C.N.A.E. [38] a todos los titulares de cuentas bancarias abiertas en la Banca española.

Tampoco tendrán la condición de libradores los interventores judiciales que intervengan en la emisión del cheques del suspenso; o los síndicos en los casos de concursados y quebrados.

Todo ello no deja de crear a mi entender, una cierta discriminación en el trato penal que puedan sufrir los diferentes intervinientes en la expedición de cheques sin fondos. [39]

III) CONDUCTAS TIPIFICADAS EN EL ART. 563 BIS-B

En el art. 563 bis-B de la Ley 44/1971 de fecha 15 de noviembre de 1971 y reformado por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del Código Penal, se tipifican tres actos delictivos propios, que componen el actual delito del cheque en descubierto, sin perjuicio de remitir tales hechos a otra figura delictiva más grave, según dicho artículo y que dice así:

"Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 ptas.

"1) El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento existe a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

³⁸ CNAE =Clasificación Nacional Actividades Económicas

³⁹ Ampliación tema en cap. V al tratar la Autoria

2) El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirase los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3) El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su falta de cobertura."

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal, el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro.

"Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave".

Por lo que paso a región seguido, a reseñar con detalle cada uno de sus párrafos donde se tipifican las tres figuras penales, con el convencimiento de que con su análisis habremos de extraer algunas conclusiones importantes, en relación con su redacción del texto penal y la coherencia de otras Disciplinas.

1) Párrafo Primero.

Para producirse el acto tipificado en el párrafo primero del art. 563 bis-b, se requieren unos determinados elementos que concretan su figura delictiva y son:

a) La acción de librar un cheque. Al decir: "El que librare", ello equivale a expresar la acción de expedirlo, extenderlo, o crearlo.

La acción requiere en primer lugar: el relleno del cheque y firmarlo por el propio librador [40]; y en segundo lugar, para que tal hecho tenga relevancia penal: es preciso que el cheque se entregue a un tercero para poder funcionar la protección del bien jurídico expresado (la seguridad del tráfico mercantil), ya que el librar un cheque sin fondos e intentarlo cobrar personalmente el propio librador o una persona allegada al mismo, como esposa, hijos, empleado, etc., que actúe en su nombre, no es delito.

Ello es corroborado por la S.T.S. del 14-5-84: la conducta de emitir un cheque consta de tres notas "extensión o relleno del cheque, suscripción del mismo y entrega al tenedor".

Lo cual a nuestro entender, no deja de ser una contradicción

⁴⁰ "El librador ha de ser el titular de la propia cuenta corriente". Sentencia T.S. 27-3-84.

Añadiendo, según observa SUAREZ MONTES: "Que tenga la facultad de disponer de fondos mediante cheques"

con la naturaleza jurídica de delito de mera actividad, que se le atribuye a dicho delito.

b) Con cualquier finalidad. "El que librare (librador), con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente."

La primera cuestión que se nos presenta, consiste en que el titular de una cuenta (o su representante), cuando emita o extienda un cheque [⁴¹] puede hacerlo con cualquier finalidad.

A este elemento, la jurisprudencia ha efectuado dos correcciones importantes:

1) La primera es, que el texto legal nos habla simplemente "de cualquier finalidad", es decir, independiente de la causa contractual o relación subyacente del mismo. En este sentido se expresan CUELLON CALÓN [⁴²]; MILLAN GARRIDO [⁴³]; ALFREDO CABALLERO [⁴⁴] entre otros.

Dicha considerable ampliación fue debida al haber querido reforzar el legislador, el valor que representa un cheque para el tráfico mercantil como medio de pago, intentando asignar a estos documentos una función similar a la moneda.

Sin embargo el Tribunal Supremo, en diversas sentencias [⁴⁵] sobreentiende que ha de tratarse de finalidades lícitas de acorde con la naturaleza del cheque, y no por cualquier finalidad, como pueden ser por ejemplo los pagos de deudas de juego (art. 1798 o 1275 del C.Civ) ; las de fianza; las de donación; las de garantía; las de fines crediticios; el cheque emitido contra uno mismo; etc.. Con lo cual, jurisprudencialmente se restringue considerablemente su campo de protección.

2) La segunda es, que el texto legal nos dice por su parte: "cheque o talón de cuenta corriente". No mencionando para nada

⁴¹ Después de la Ley 19/1985 de 16 julio (art. 106 y 107 y disposición derogatoria), queda suprimida la palabra talón del Código de Comercio, por derogación de los arts. 543 y 950 de dicho código.

⁴² Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal", página 1011, (tomo II), editorial Bosch

⁴³ Vicente Baldo del Castaño, idem, pag. 580

⁴⁴ Jose-Alfredo Caballero Gea: "Derecho Penal: Problemática Judicial", editorial Aranzadi, página 794

⁴⁵ Sentencias del T.S. 2-11-74; 21-11-75; 9-12-75; 22-6-76; 10-11-76; 21-5-77; 16-3-79; 13-6-80; 30-5-81; 14-3-85; 12-7-85, etc.

que el librador tenga que ser el titular de la misma cuenta.

Sin embargo, nuevamente es la Jurisprudencia quien exige que el librador sea el titular de la cuenta [46], causando en consecuencia, que pueda producirse lo que los penalistas llaman el "delito imposible", o sea en este caso, por libramiento de cheque en cuenta ajena.

En nuestra opinión, que el texto legal y la jurisprudencia no vayan al unisono, es una prueba que nos viene a demostrar la deficiente redacción del artículo materia de nuestro estudio (a pesar de la última reforma), lo que ha provocado en un principio, una disparidad de objetivos legales entre ambos Poderes; así como la continua improvisación que se hace en materia de este delito por parte de la jurisprudencia, lo cual crea inseguridad.

Por ello creemos en la conveniencia de una profunda y definitiva revisión de este delito, ya que el cheque, por muchas razones nunca podrá ser, ni deberá de sustituir a la función, ni la garantía que representa la moneda [47], aunque si debe gozar como documento mercantil de una adecuada regulación civil.

c) En la fecha consignada. Dicho primer párrafo sigue diciendo: "Sin que en la fecha consignada en el documento."

La segunda cuestión que se nos presenta pues, consiste en saber que contenido tiene este elemento del delito después de la nueva Ley Cambiaria del 85, y concretamente en referencia al art. 134 [48], ya que según éste, el cheque es un documento pagadero a la vista, por lo cual cualquier mención contraria en dicho sentido se reputara no escrita.

Consecuentemente los cheques pueden ser pagados a la fecha de su presentación, con independencia de la fecha del libramiento, que logicamente tendrá que ser la expresada en el documento, produciéndose con ello la ineficacia de los cheques posdatados o antedatados.

⁴⁶ Ver lo comentado en el capítulo segundo, epigrafe IV (sujeto activo); y las sentencias 20-1-70; 29-10-86 (apoderado) y 27-3-84 (contra cuenta ajena).

⁴⁷ Ver M. Bajo Fernandez, idem, pág. 373; en sus comentarios de los art. 1170 C.Civil y 573,1 C.Penal, en Consideraciones de Política Criminal

⁴⁸ Art. 134: "El cheque es pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se reputa no escrita. El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación".

Dicho texto es idéntico al art. 28 de la Ley Uniforme Ginebr

Sin embargo en el **ámbito penal**, la ley exige para que se produzca la figura tipificada, que la indisponibilidad de fondos a favor del librador exista en la fecha consignada en el cheque, lo cual se contradice con la ley Cambiaria.

Pudiéndose producir por ello tres casos:

1) Que el cheque sea presentado con anterioridad a la fecha consignada en el documento, porque lleve una fecha posterior al libramiento.

2) Que el cheque sea presentado en la misma fecha consignada en el documento, o a la vista por estar la fecha incompleta.

3) Que el cheque sea presentado en fecha posterior a la consignada en el documento, porque lleve una fecha anterior al libramiento.

El supuesto que más nos interesa es el primero, pues en el segundo no existirá ningún problema, y en el tercero habrá de atenderse a los plazos de pago del art. 135 Ley Cambiaria, los cuales veremos en el próximo apartado.

c,1) **Postdatados.** La problemática surge en los cheques postdatados (caso 1), es decir, cuando el cheque se entrega en una fecha determinada y en el documento se consigna otra posterior, con lo que el tenedor y según la ley Cambiaria, podrá presentarlo al cobro en una fecha anterior a la consignada.

En puridad jurídica "mercantil", si el librador dispone de saldo a su favor o autorización del librado para utilizar números rojos, el cheque debe de ser pagado por éste.

Pero que ocurre cuando el cheque no es atendido, en puridad jurídica "penal" el tomador no podrá ejercer la acción del art. 563 bis-b, 1, por que la fecha del cheque aun no ha llegado, y la postdatación no es punible según reitera la jurisprudencia [47].

Aunque no se perdiera la función de pago del cheque si sólo existiera un breve o discreto plazo de tiempo en la postdatación,

47 En este sentido las sentencias del F.S. 15-2 y 24-2-84; 21-1, 14-3, 9-5 y 21-5-85; y 4-12-87.

La del 30-4-87 dice: "Esta Sala sostiene de manera constante que el cheque pierde su protección penal cuando sustituida su función propia de instrumento de pago, por voluntad de las partes se transforma en título de crédito, como ocurre cuando el tomador accede a que el librador estampe en el cheque una fecha distante de 23 días del día de emisión. Pues en este caso su falta de abono, significaría un retorno, dar nueva vida, a la fenecida prisión por deudas".

según la propia jurisprudencia (sentencias 18-1-84; 26-3-86 y 25-11-87, etc.)

En consecuencia, parece lógico que el tenedor habrá de esperar a que llegue la fecha consignada en el documento, para presentarlo o volverlo a presentar de nuevo si no quiere perder la acción penal contra el librador, lo que no deja de ser una falta de coordinación entre las dos Legislaciones, pues según la Ley Cambiaria el cheque es pagadero a la vista.

Pero por si fuera poco dentro de las contradicciones, vemos como de nuevo la jurisprudencia en su sentencia 30-03-83 [80], por ejemplo, mantiene un criterio distinto al Legislador penal, pues en el texto legal del art. 563 bis-0,1 sólo se exige en este aspecto el elemento objetivo de: "en la fecha consignada" para que se produzca el tipo, con lo cual debería de entenderse que los cheques postdatados igualmente deberían de gozar de una protección penal, cosa que no es así.

Tal como señala VIVES ANTÓN [81], si bien el cheque postdatado no realiza la conducta típica de la Ley penal, no por ello deja de ser un cheque, ni es posible excluir genericamente su punición, en base a que los actos de voluntad pueden dirigirse hacia hechos futuros como es una postdatación.

A mi entender, aun compartiendo mayoritariamente los criterios penalistas de tan ilustre autor, no veo este planteamiento del todo acertado.

En primer lugar porque la Ley penal no puede proteger una condición de un documento, que la Ley mercantil no comprende, es decir, si el artículo 134,1 de la Ley Cambiaria nos dice que "cualquier mención contraria (pagadero a la vista) se reputará no

⁸⁰ Transcripción de la sentencia del Tribunal Supremo del libro "Selección de la Doctrina Contenida en las Sentencias más Importantes Dictadas por la Sala 2 del T.S.", edita Ministerio de Justicia, página 25 y 26: "Si bien es cierto que este Sala viene declarando que la postdatación del cheque no es dato de exclusión de la antijuricidad cuando de una razonable y breve postdatación se trata (sentencia de 2-11-74) o de un breve lapso de tiempo (sentencia de 17-1-76), sin embargo cuando se inserta en él una fecha asaz diferente de la real de su emisión, tal libramiento ante un eventual descubrimiento no reviste naturaleza criminal, por lo que no puede ser objeto de sanción penal (sentencia de 22-6-76) y ello porque en tal caso se opera una desnaturalización de tal título-valor, que se convierte en instrumento de crédito o pago diferido llenando la función que genuinamente corresponde a las letras de cambio" (Huerta)

⁸¹ T.S. Vives Antón y otros; idem; pag. 971

escrita", la consecuencia lógica es que, las fechas postdatadas o se tienen por no puestas, o se entenderán que son a la vista, con lo cual se rompe la postdatación, ya que según LCCH. no existe.

En segundo lugar, precisamente es en la propia Ley Cambiaria donde lo que se define y pretende evitar con el art. 134, es que el cheque no sea otra cosa que un instrumento de pago inmediato, con lo que se elimina de entre sus funciones la del crédito [52].

Por todo lo cual, y en base a las contradicciones entre la Ley Cambiaria actual, el art. 563 bis-b del C. Penal, y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (que tiende a que prevalezca la ley Mercantil), puede ocurrir que acciones de libramiento y entregas de cheques postdatados o antedatados, por parte de un librador avisado queden impunes, lo que aboga por una reforma en profundidad de dicho artículo. Veamos como ejemplo:

Un librador entrega o remite por correo un cheque, consignando por "azar" una fecha posterior al libramiento (cambiando un día, mes o un año, etc.)

-Según la ley Mercantil, es pagadero a la vista si hay fondos.

-Según la ley Penal, para poder ejercer la acción del 563 bis-b,1, habrá que esperar a la fecha consignada en caso de impago.

-Según la Jurisprudencia, si se presenta querrelia o denuncia no será delito [53], al desnaturalizarse el cheque en un instrumento de crédito. Cosa que por otra parte la Ley Cambiaria no preve, ya que lo que se pretende es agilizar al cheque como medio de pago.

c,2) Antedatados. Aquí se pueden aplicar los mismos razonamientos que en el apartado anterior. Veamos otro ejemplo.

Un librador entrega o remite por correo un cheque, consignado en el mismo una fecha anterior a la real (caso 3).

⁵² Según la jurisprudencia del T.S. en sus sentencias: 28-11-86; 25-11-87; 3-5-88; 24-10-88.

La del 2-2-88 dice: "...Como con tantísima reiteración ha venido declarando este Tribunal, cuando el documento bancario se entrega como instrumento de crédito de una operación de esta naturaleza previamente concertada entre el librador y el tenedor o como simple prueba de pago diferido, se produce una desnaturalización del título, de manera que el impago al tiempo de su presentación al cobro por falta de provisión es atípico.."

⁵³ Siempre respetando el apart. in-fine del art. 563 bis-b que dice: "Lo dispuesto en este artículo, se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave" (Estafa, Apropiación indebida, etc.)

-Según la ley Mercantil, igual postdatados (art. 134).

-Según la ley Penal, en caso de impago, al querer ejercer la acción del art. 563 bis-b,1 habrá de tenerse en cuenta la fecha consignada en el documento, con lo cual puede darse "la picaresca" de que si el librador consigna una fecha en el documento, en la cual si existiera disponibilidad de fondos a su favor en poder del librado, e incluso dentro de los días de plazo legales para el pago [54], y sin embargo, cuando entregue el cheque ya no haberlos, no siendo demostrable, tal acción quedaría impune, por no cumplirse la condición del tipo.

-Según la Jurisprudencia, el mismo criterio que los postdatados.

Lo cual nos viene a ratificar una vez más, que la redacción del art. 563 bis-b es sumamente defectuosa e imprecisa, afectando a la "seguridad jurídica", cuyo bien jurídico si se encuentra protegido por la Constitución del 78 (art. 9,3).

d) Disponibilidad de fondos bastantes. Que "exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo".

Como cuarto elemento del tipo delictivo del art. 563 bis b,1 tenemos la indisponibilidad; concepto contrario a lo que es la disponibilidad. Para MAJADA [55] disponibilidad significa "tener dinero en el Banco" y en concreto en la cuenta corriente a la que corresponde el cheque, con independencia de que el titular disponga de cantidades acreedoras en otras cuentas.

Sin embargo como indica dicho autor, y señala J. QUERALT [56], la ley penal habla de disponibilidad de fondos y no de fondos efectivos, o sea, que los establecimientos Bancarios mediante acuerdos expresos o tácitos [57], suelen formalizar con algunos de sus clientes, la disponibilidad de ciertas cantidades en descubierto (números rojos) de sus respectivas cuentas.

Con lo cual aunque no se disponga de fondos propios, es lo

⁵⁴ Art. 135,1 Ley Cambiaria: "El cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de 15 días"

⁵⁵ Arturo Majada, idem, pág. 282

⁵⁶ Joan J. Queralt, idem, pág. 322

⁵⁷ Como hace referencia V. Baldó del Castaño, idem, pág. 59 "El art. 108 de la Ley Cambiaria no exige que el pacto de disponibilidad por medio de cheque sea expreso. Por ello, hay que entenderlo concluido de forma tácita, cuando media la entrega de un talonario de cheques al cliente".

mismo si existen disponibilidades de los librados en favor de los libradores [58].

Lo que se evidencia una vez más, una cierta contradicción de la ley Cambiaria con la ley Penal, ya que en aquella, en el art. 108,1 se presupone que los fondos han de ser propios, al decir: "El cheque ha de librarse contra un Banco o Entidad de crédito que tenga fondos a disposición del librador, y de conformidad con un acuerdo expreso o tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos.". En esta, en el art. 563 bis-b se habla sin más de disponibilidad a favor del librador.

Por consiguiente, ahora si comparto el criterio de VIVES ANTÓN [59], en cuanto que "una disponibilidad factica de fondos suficientes (entre librado y librador) para cubrir el cheque, basta por consiguiente, para excluir el delito".

Luego si ello es así, en nuestra opinión, ¿Donde está la tan cacareada cuestión de la seguridad del tráfico mercantil?, ya que como se ve, si es pagado el cheque, aunque sea con fondos de un tercero, o el propio librador antes de los 5 días después de la presentación, hace que se destruya la tipicidad.

En consecuencia como puede apreciarse, lo único realmente importante en toda esta cuestión, es el cobro del documento; llegando a poder darse el absurdo caso, de que la culpabilidad del art. 563 bis -b,1, o sea el delito, quede en muchas ocasiones a la voluntad y desición de terceros (los Bancos y Cajas).

58 En consecuencia como indica MAJADA, idem, pág. 283: "Es muy difícil demostrar si al ser presentado este documento estaba ya colmada o no la autorización que se le había otorgado, ante la manifestación de que ella no era por una suma fija, sino que variaba según el parecer o la opinión que en ese momento, tuviera el encargado de tales actos bancarios, con respecto al librador (SILVEYRA).

Queda, pues, 'ad libitum' del Banco, devolver inatendido este cheque o, el otro (el pago), sin dar conocimiento de su cambio de actitud al librador, que dada la índole de la operatividad de la cuenta corriente y el pacto de disponibilidad, cuya revocación o restricción no le han sido notificadas, confía en que cuantos extienda con cargo a dicha cuenta serán puntualmente atendidos. Entonces se daría el absurdo de que la culpabilidad no dependería de la conducta personal del sujeto, principio básico del Derecho penal, sino de la actitud de un tercero, el Banco (o Caja), cuando por el motivo que sea y en las circunstancias expuestas, devuelve sin pagar un cheque".

59 T.S. Vives Antón, idem, pág. 972

Lo cual la jurisprudencia en algunas ocasiones, lo ha venido solventando con la exclusión del delito ⁶⁰].

Personalmente pienso, que la cuestión de la disponibilidad de fondos en poder del librado, es una cosa tan aleatoria y confusa en el tráfico bancario ⁶¹], ya que incluso puede no haberlos a pesar de existir fondos propios ⁶²], que en aras del principio constitucional de la "presunción de inocencia" del art. 24,2 y al principio procesal "in dubio pro reo", ya de por sí debería de servir de base para suprimirse esta figura delictiva, tal como actualmente está expresada.

⁶⁰ Ver sentencia del T.S. 24-11-71; 8-10-75; 3-11-84

⁶¹ A continuación reseño alguno de los casos de sentencias de las Audiencias Provinciales, recopiladas por José-Alfredo Caballero Gea, ídem, págs. 805 a 812.

-Sentencia A.P. Cádiz 6-11-73 (ponente D. Lázaro Salas Salas):
"El Banco depositario, quien cargo en la cuenta efectos devueltos y que habían abonado en forma condicional". Por lo que se produjo la devolución del cheque, sin culpa del librador.

-Sentencia A.P. Almería 16-4-74 (ponente D. Fdo. Wilhelm Castro):
"Si era normal en el desarrollo de la cuenta corriente que se alternaran posiciones acreedoras y deudoras, abonándose, a pesar de ello los cheque emitidos, pagándose uno después del protesto".

-Sentencia A.P. Valencia 5-7-74 (ponente D. Angel Querol Giner):
"Sin conocimiento del librador, se cargaron en su cuenta efectos impagados que redujeron el saldo, hasta el punto de no quedar cobertura para el cheque".

-Sentencia A.P. Gerona 12-7-74 (ponente D. Miguel Pérez Capella):
"En el momento de librarse y de presentarse al cobro el talón había un saldo positivo y superior al importe del documento, el cual no se hizo efectivo por un error contable padecido por la citada entidad, en el que de modo alguno puede imputarse al librador.

-Sentencia A.P. Madrid 12-7-74 (ponente D. José de las Peñas M.):
"Dicha entidad bancaria, le había retirado una línea de crédito, sin que dicho encartado conociera este detalle".

-Sentencia A.P. Palma 6-3-75 (ponente Ignacio Infante Merlo):
"No puede ser aplicable a los casos en que, por retrasos administrativos del Banco, no se haya abonado en una cuenta corriente fondos de los que el librador del talón creía poder disponer ya en su cuenta".

-Sentencia A.P. Sevilla 20-6-78 (ponente D. Augusto Vega Ruiz):
"Lo que no puede admitirse, por muy formal que sea el delito, es que la consumación de tal figura delictiva haya de quedar al arbitrio de las entidades bancarias...".

etc. etc,

⁶² Por ejemplo el bloqueo judicial de saldos; abonos pendientes de consolidación; retenciones a cuenta por talonarios de cheques gasolina aun no utilizados; etc.

Para finalizar este elemento del tipo, dos cuestiones de sumo interes:

d,1) **Plazo de pago.** Para que se cumpla el tipo delictivo del apartado primero del art. 563 bis-b, solo será necesario que se cumpla el elemento objeto de "en la fecha consignada en el documento", sin que exista a su favor disponibilidad de fondos bastantes".

Si bien como indica V. BALDO ⁴³, lo importante es que se encuentren disponibles en la fecha de presentación (sentencia T.S. 4-4-72). Lo que contradice la naturaleza jurídica de este delito, de ser de mera actividad.

Aunque la cuestión se complica aun más, cuando se trata del tipo delictivo del apartado segundo de dicho artículo, al no expresarse ¿Cuándo no debe de producirse la retirada de fondos?

Según el art. 135 de la Ley Cambiaria, se nos especifican tres plazos de pago, dependiendo de donde fuese emitido el cheque -15 días en España; 20 días en Europa; y 60 días fuera de Europa-

Los cuales serán vinculantes para efectos de la acción penal del apartado segundo: "retirar" ⁴⁴; es decir, desde la fecha consignada en el documento haya tres plazos, (según los casos) dentro de los cuales queda configurada la figura delictiva si se produce el impago (sentencias 7-3-77; 15-2-73 15.).

Lo cual obligará al librador a tener provisionada su cuenta durante todos estos plazos respectivos ⁴⁵.

Fuera de estos plazos, no le es punible al librador la falta de fondos (aunque la retirada sea voluntaria y consciente), ya que no le es exigible, según la Ley Cambiaria, que mantenga el cheque provisionado eternamente, o tenga un control indefinido de su cuenta, pues el art. 563 bis-b, 2 no lo especifica.

Ateniéndonos al texto del apartado segundo del art. 563 bis-b y al sentido común de las cosas, un tenedor puede presentar un cheque al cobro cuando quiera o pueda, (a los 16; 26; ó 36 días, por ejemplo); cuestión que como hemos visto está en contradicción con el art. 135 de la misma Ley Cambiaria, en relación con la acción penal que se deriva por su falta de pago.

⁴³ Vicente Baldó del Castaño; idem; pág. 586.

⁴⁴ Ver Cap. IV; epígrafe II, 1)a Contenido del Dolo

⁴⁵ En el plazo se cuentan los días inhábiles, pero si fuese inhábil el día último del plazo, éste se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

Es decir, si un cheque no se paga por retirada de fondos dentro de los quince días de su expedición, es delito (según condiciona la Ley Cambiaria); y si por descuido, olvido, extravío o retraso del correo, etc., es presentado por el tenedor a los 16 días de su expedición, y no se paga, ya no será delito.

Como puede observarse, una vez más el art. 563 bis-b tiene que ser completado por la ley Cambiaria, de cuyas contradicciones entre ambas nos hacemos eco aquí, ya que las mismas son de dos épocas bien distintas, año 71 la primera y año 85 la segunda..

Lo cual puede provocar en mi opinión, situaciones de "picaresca", como que el librador extienda un cheque, y que en la fecha consignada en el mismo haya fondos bastantes, pero lo entrega a los 16 días de dicha fecha, antes de poder ir el tenedor a cobrarlo, retira los fondos el librador de su cuenta, y el resultado es un cheque impagado que no es delito.

Al parecer, en la filosofía de la Ley Cambiaria se pensó más en la rapidez del tráfico mercantil, que en la seguridad del mismo, es decir, se optó por no favorecer a quién no se preocupa de agilizar el cobro del documento, ya que la función del cheque se limita a la de ser un medido de pago.

d,2) **Provisión parcial.** Según el art. 108,2 de la Ley Cambiaria dice: "El librado que tenga fondos a disposición del librador en el momento de la presentación al cobro de su cheque regularmente emitido, está obligado a su pago. Si sólo dispone de una provisión parcial estará obligado a entregar su importe".

Además de que por el art. 140,2 se obliga al portador a no rechazar el pago parcial.

Lo cual no deja de producir algunas situaciones absurdas, pues imaginemos por ejemplo que un cheque de 100.000 ptas., por la falta de provisión total del mismo en el saldo de una cuenta, es devuelto parcialmente por 12.000 ptas. ¿Se puede en justicia considerar a ésto un delito?

Particularmente pienso que no, entre otras cosas, porque la figura delictiva del art. 563 bis-b no tiene su regulación legal como falta [44].

Como señala VIVES ANTÓN [47], "pese a las injusticias que puedan producirse cuando la cantidad no pagada sea insignificante en estos casos no queda excluido el delito".

44 Según se verá en el capítulo sexto, al hablar de la Punibilidad.

47 T.S. Vives Antón, ídem, pág. 973

En tales situaciones, cuando la cantidad no pagada en inferior a 30.000 ptas, según dicho autor y señaló DEVESA, en la práctica se recurre al **artificio jurídico** de considerar la conducta como una estafa, para así castigarla como falta. Ello es una prueba más, de lo inadecuado del tratamiento penal que sufre el tema del cheque en descubierto.

En nuestra opinión, este artificio nos parece del todo inapropiado, no por la justicia social que con ello se pueda conseguir, sino por la técnica empleada. Además de la dudosa constitucionalidad de la misma, tal como señala VIVES ANTÓN [66].

También es de resaltar, que con ello se pueden incriminar posibles "hechos circunstanciales", ya que como hemos visto, al ser el plazo de pago en España de 15 días naturales, se obliga al librador a estar pendiente durante dicho periodo de tiempo, de si tiene fondos o disponibilidades en su cuenta o no, por si acaso cometiera el delito tipificado en el art. 563 bis-b, apart. 2.

Es de lamentar que ni siquiera en la última reforma del 21 junio 1989 (actualización del Código Penal), al retocar el art. 563 bis-b no se haya tenido muy en cuenta los preceptos de la ley Cambiaria, que tanto afectan a la naturaleza y función del cheque

2) Párrafo Segundo.

Para producirse este acto tipificado en el art. 563 bis-b segundo, se requieren unos elementos concretos que configuran su tipo, y son:

a) **Cheque preexistente con provisión** "El que, habiendo librado un cheque o talón [67] con provisión".

Este presupuesto exige, la existencia previa de un cheque y que el mismo sea regular, es decir, se haya extendido con la provisión de fondos correspondiente. En definitiva, no cumplirse el tipo del art. 563 bis-b párrafo 1.

En primer lugar, como señala CUELLO CALÓN [70], el cheque para considerarlo como tal y poder ser pagado, a de ajustarse su

⁶⁶ T.S. Vives Antón, *idem*, pág. 973

⁶⁷ Como un signo más de la descordinación en esta materia, ni siquiera en la reciente reforma del 89 en el C. Penal, se ha suprimido la palabra "talón" del texto del art. 563 bis-b, ya que dicha expresión fue abolida en la Nueva Ley Cambiaria y del Cheque del 19-7-85 (art. 106,1)

⁷⁰ Cuello Calón, *idem*, pág. 1014

emisión a las disposiciones y requisitos formales que lo regulan, en este caso los arts. 106 y 107 LCCH. ya vistos en el cap. I

En cuanto a la provisión, igualmente me remito a lo tratado en dicho capítulo, al referirme a los requisitos materiales del cheque, en este caso la provisión que se regula en el art. 108.

Complementando lo expuesto diré, que de la provisión existen diferentes definiciones.

Según URÍA [71]: "La provisión se considera como obligación del librador de poner a disposición del librado las sumas (fondos) necesarias para atender la letra".

Para VICENT CHULIA [72]: "No hay provisión si, en ausencia de fondos, el Banco atiende de hecho los cheques librados por el cliente, para salvar su honor.."

En cambio, la Ley Cambiaria del 85 en su art. 108 nos dice: "El cheque ha de librarse contra un Banco o Entidad de crédito que tenga fondos a disposición del librador..."

Puede observarse, que en la Ley Cambiaria no se menciona la palabra provisión, si no que habla de "fondos a disposición", lo cual puede entenderse de dos formas: O como un concepto restrictivo, según las definiciones anteriores.

O como un concepto amplio, tal es el de GARRIGUES [73]: "Para que exista provisión, lo fundamental es que el pago del cheque tenga cobertura. La cobertura es la causa de la provisión y la provisión es la causa del cheque".

Si la consideramos con un sentido restrictivo, la provisión será el saldo acreedor propio que pueda tener el librador en poder del librado antes o simultáneamente de extender el cheque en cuestión; si lo hacemos con un carácter amplio, la provisión será la cobertura o disponibilidades que el librado le permita tener al librador, además de los propios fondos de éste.

En este segundo caso, no habrá seguridad por parte del librador de cual es su cobertura o disponibilidades, ya que las mismas serán subjetivas del personal directivo de las sucursales Bancarias.

71 Rodrigo Uría: "Derecho Mercantil", pag. 745

72 F. Vicent Chulia: "Compendio Crítico de Derecho Mercantil"; editorial Bosch; página 788

73 Joaquín Garrigues: "Curso de Derecho Mercantil"; editorial Imprenta Aguirre; página 946

Pero lo grave es que en cuanto al primer caso, tampoco habrá una certeza real de la misma, si no se efectúa la retención potestativa del art. 110, pues aunque se haga la provisión en la cuenta corriente de la cual se extienda el cheque, esta podrá desaparecer por cargos imprevistos, ya que las cuentas corrientes son contratos bancarios atípicos de carácter mixto, donde se producen movimientos a diario, tanto del Debe como del Haber.

En resumen, habremos de admitir al igual que MAJADA (74), que para efectos penales, la provisión y la disponibilidad ha de entenderse como una misma cosa.

En consecuencia, la provisión no siempre es dineraria, pudiendo de existir a priori, simultáneamente o después de emitirse un cheque, pero realizable antes de la presentación del cheque al cobro, pues si se presenta y no se paga, será evidente de que no habrá ni provisión, ni cobertura, o ni disponibilidad.

Con lo cual a efectos prácticos, poco importará cuando se efectue la provisión, ya que si el cheque es pagado por las "disponibilidades" que se le otorguen al librador (75), no se producirá delito a pesar de la falta de provisión en sentido estricto.

Finalmente, la preexistencia del cheque en este tipo delictivo, nos condiciona a que además de haberse extendido el documento correctamente, a que el mismo se haya entregado a un tercero (tenedor), pues no tendría sentido el penalizar la retirada de fondos de un cheque a favor del propio librador.

Por consiguiente, con dicha penalización lo que se trata de proteger, es que el tenedor no quede defraudado en sus esperanzas de cobro, al ir a cobrar el cheque a partir de la fecha consignada en el mismo.

Cuestión que igualmente protege la Ley Cambiaria en su art. 135, ya que le otorga unos plazos de protección (15 días para España), dentro de los cuales el librador no podrá revocar el cheque (art. 138).

Con lo cual y en conclusión, la tipicidad de este párrafo se hace innecesaria e incluso injusta, al no haber una fórmula, salvo la retención potestativa, que garantice la efectividad de la provisión y en consecuencia pago del cheque, aunque el librador no pueda revocarlo dentro del plazo legal establecido en beneficio del tenedor.

74 Arturo Majada, *idem.* pág. 327

75 Imaginemos que la cuenta corriente esta avalada por un tercero solvente.

b) **La acción de retirar los fondos impidiendo su pago.** Cuando se dice en el apartado segundo: "retirase los fondos o parte de ellos impidiendo su pago", equivale a decir: separar, apartar, o sacar algo que había dentro de un sitio.

En referencia a esta figura tipificada del art. 563 bis-b párrafo segundo, existe un debate doctrinal, y es que en muchas ocasiones, la retirada de fondos se produce de forma involuntaria y sin el conocimiento por parte del librador, ya que es muy frecuente en el tráfico bancario que un cliente hoy tenga saldo acreedor (cuando emite un cheque) y al día siguiente ya no disponga de fondos, debido a otros cargos imprevistos [76], sin contar con las posibles causas involuntarias que impidan el pago por "retirarse" los fondos, según detallo en el capítulo IV, 3).

En referencia al tema, para un sector de la doctrina, entre ellos VIVES ANTON, JOAN QUERALT, etc. entienden que esta figura delictiva del apartado segundo, necesariamente ha de ser "dolosa", como consecuencia de una decisión unilateral y voluntaria del titular de la cuenta.

Sin embargo para otros autores, como FCO. MUÑOZ, RODRIGUEZ DEVEZA, CUELLO CALON, etc. afirman que en esta figura tanto es posible la comisión dolosa, como la culposa o imprudente.

Por mi parte quisiera puntualizar que en algunas ocasiones, la acción de retirar los fondos podría estar justificada por causas de estados de necesidad, miedo insuperable, fuerza irresistible, y alguna otra eximente. Pero indudablemente en estos casos existirían unas causas lo suficiente importantes para que el sujeto activo pudiera ser beneficiario de la exculpación de su responsabilidad penal.

Digo sujeto activo, porque en el tipo de injusto que se tipifica, no se especifica que el autor tenga que ser necesariamente el librador (el que retirase), bien pudiera ser un cotitular de la cuenta que ni siquiera sepa la existencia del cheque que se pretende proteger a ultranza [77].

Pero es que existen en el mundo real muchísimas ocasiones de incumplimiento de obligaciones contractuales [78], por las cuales

76 Según se verá en el Cap. IV, epígrafe II 2)a

77 Tal como se verá al tratar la Autoria (cap. V), en muchas ocasiones los cotitulares y apoderados no conocen el sdo. real.

78 Imaginemos el caso de tener que pagar un trabajo o una reparación y se observa que al poco tiempo o entrega del cheque (incluso horas), tal servicio o contraprestación no se atañe a lo pactado ¿Qué hacer?. La indefensión del librador es manifiesta.

debido a la tipicidad del apartado segundo del art. 563 bis-b, se coloca a los libradores en una situación de indefensión.

Dejando aparte estas consideraciones, a mi entender, es que la "acción de retirar fondos" no se describe dentro del articulado del cheque de la Ley Cambiaria del 85.

Salvo que se entienda contenida en la referencia que se hace a la revocación del art. 138: "La revocación de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación (art. 135). Si no hay revocación, el librado puede pagar aun después de la expiración de ese plazo. En los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago". Personalmente entiendo que no es lo mismo.

A mi juicio, a la acción de retirar se le exigen tres condiciones: 1) La acción debe de abarcar tanto la retirada parcial como la total, pues por la parte impagada también se cumple el delito; 2) Necesidad de que la acción sea imputable y por causa de una conducta del librador; y 3) Que sea eficaz, es decir, que con ella se consiga no pagarse el cheque, ya que si el cheque es pagado a pesar de ello no habrá delito, con lo cual el tipo del párrafo segundo del art. 563 bis-b, es más de resultado que de simple actividad.

En resumen, este segundo párrafo me parece innecesario, siendo una consecuencia lógica de la deficiente redacción del apartado primero del art. 563 bis-b, ya que si en dicha redacción no hubiese puesto tanto énfasis en la cuestión de la fecha consignada en el documento, el párrafo segundo sobraba.

Puesto que los cheques con la nueva Ley Cambiaria son todos documentos pagaderos a la vista, con lo cual la fecha de consignación necesariamente tendría que ser la fecha de presentación.

Además, si según el art. 138 Ley Cambiaria, la revocación de un cheque no produce efectos hasta después del plazo de presentación, salvo las excepciones personales del art. 67, art. 154 y último párrafo del mencionado art. 138, y pasado este plazo, el librador no tiene la obligación de mantener la provisión de fondos, poca utilidad y mucha discriminación habrá de causar la tipificación del apartado segundo del art. 563 bis-b, si se mantiene tal como está actualmente tipificado.

Afectando negativamente tal redundancia de tipos, a los principios de "minima intervención" e igualdad, pues si se pretende proteger a los tenedores de cheques de los libradores maliciosos y estafadores, es injusto que se haga a costa de discriminar a todo librador, pues de aquellos también los hay.

3) Párrafo Tercero

Para producirse este acto tipificado en el art. 563 bis-b párrafo tercero, se requieren unos elementos concretos de la figura, y son:

a) La acción de negociar. Cuando se dice "lo entregare a otro", equivale a decir: negociar, endosar, dar, poner a disposición, o donar.

La acción descrita en éste párrafo, comprende una negociación a sabiendas de su falta de cobertura. Lo que indica primero, que el delito (cheques sin fondos) ya está existente; y segundo, que lo que se pretende es seguir manteniéndolo, aunque con ello se cometa otro acto tipificado.

A dicha acción se le exige un requisito, que el tomador sea consciente (a sabiendas) de ello, ya que en caso contrario no habrá delito.

En mi opinión, cuando se habla de las tres acciones tipificadas: de "librar; retirar; o entregar", nos estamos refiriendo a actos conscientes y voluntarios, es decir, son verbos transitivos de hacer, o sea, que no se pueden efectuar por omisión, porque la omisión, como se sabe es: "El voluntario 'no hacer' algo que se esperaba que el sujeto hiciese" [??].

b) El Tomador. La novedad que nos presenta este apartado tercero, es la de introducir un nuevo sujeto activo: "el tomador", es decir, el librador no interviene en esta modalidad delictiva del cheque en descubierto, lo cual es una prueba más del espíritu sancionador que existía en esta materia, durante aquella época que se creó el delito de una forma autónoma.

Cabría aclarar, que el vocablo tomador en la terminología mercantilista es igual a tenedor, lo que plantea la cuestión de los sucesivos tenedores del documento, ya que cuanto más nos alejamos del primer transmitente, más difícil resultará probar el delito, y en consecuencia que se incremine la comisión de esta modalidad del delito, según S.T.S. del 24-9-76.

El tomador o tenedor, según el apartado 5 del art. 1 de la Ley Cambiaria y CH. es: "El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago, o a cuya orden se ha de efectuar".

Siendo el art. 111 de dicha Ley, quien establece las formas: "El cheque puede ser librado para que se pague.

a) A persona determinada, con o sin cláusula a la orden.

?? Cuestión que ampliaré en el capítulo IV

b) A una persona determinada con la cláusula no a la orden u otra equivalente.

c) Al portador...."

Al igual que en la letra de cambio, en la emisión de un cheque puede producirse una confusión en los sujetos cambiarios, es decir, un cheque puede librarse a favor o a la orden del propio librador; o un librador puede endosarse a si mismo, pasando a su vez a ser también tenedor del mismo.

En estos casos, como ya se ha mencionado al hablar del libramiento sin fondos, la negociación para efectos penales a de entenderse cuando intervenga un tercero, pues en caso contrario tampoco será delito.

c) **Que lo entregare a otro.** "Con cualquier tin", es la continuación del texto legal del párrafo tercero.

Por "entregar" hemos de entender según RUDRIGUEZ DEVESA y con él otros autores, no sólo la simple dación material del cheque, sino su negociación a través de un tercero.

Como apunta BAJO FERNANDEZ [80] "Lo que se castiga es la negociación a sabiendas de su falta de cobertura, y sólo son negociables los cheques al portador por traslado de la posesión, y los cheques nominativos o a la orden por endoso".

Tal como hemos visto anteriormente, ley Cambiaria y CH en su art. 111 regula las formas de poderse librar estos documentos, que en resumen son con o sin la cláusula "a la orden"; "no a la orden"; y al portador. Siendo lo más habitual esta último y los llamados nominativos (sin cláusula a la orden).

Siendo su art. 120 LCCH. [81] donde se regulan las formas de transmisión, las cuales creamos que de por sí son lo suficientes extensas, junto con el resto de la Ley Cambiaria y la legislación mercantil, para proteger adecuadamente tales actos de comercio sin necesidad de emplear la última ratio lege que es la norma penal.

80 Miguel Abajo Fernandez, idem, pág. 390

81 El art. 120 de la L.C. y CH. nos dice: "El cheque al portador se transmite mediante su entrega o tradición. El cheque extendido a favor de una persona determinada, con o sin la cláusula "a la orden", es transmisible por medio de endoso. El cheque extendido a favor de una persona determinada, con la cláusula "no a la orden" u otra equivalente, no es transmisible más que en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria. El endoso puede hacerse incluso a favor del librador..."

Particularmente me sumo al criterio de BAJO FDEZ.; señalando con JOAN J. QUERALT ^[12], que las transmisiones de los cheques habrán de atenerse a los requisitos de las leyes mercantiles, según los casos, para poder hablar de endoso o mera transmisión.

Con el endoso del cheque, según el art. 123 de la L.C.CH., transmite todos los derechos resultantes del mismo, es decir, legitiman endosario para su cobro y ejercicio de la función de garantía que representan, pues según el art. 126 se dice: "Un endoso extendido sobre un cheque al portador hace responsable al endosante a tenor de las disposiciones aplicables a la acción de regreso, pero no convierte el título en un cheque a la orden".

Pudiendo hacer el nuevo tenedor con el cheque, todo lo que se especifica en el mencionado art. 123 ^[13]. Aunque en el caso del endoso en blanco (no designación del endosatario), la transmisión no facilitará la localización del nuevo tomador, que a su vez lo puede endosar de nuevo, como si el documento fuera al portador, por lo que dicha tipicidad del párrafo tercero del 563 bis-b es bastante ineficaz.

A pesar de que el art. 124 L.C.CH. diga: "El endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza el pago frente a los tenedores posteriores. El endosante puede prohibir un nuevo endoso. En este caso no responderá frente a las personas a quienes ulteriormente se endosare el cheque".

Como puede observarse, la mecánica mercantil contenida en la Ley Cambiaria sobre de la negociación del cheque, lleva consigo una serie de efectos jurídicos, los cuales pueden ser suficientes para controlar la transmisión de estos documentos, lo cual hace en mi opinión totalmente innecesaria la vía Penal en éste tipo de figura delictiva, pues el propio "a sabiendas" induce a pesar en la búsqueda de algún interés patrimonial.

Por otra parte, la regulación Penal del párrafo tercero del art. 563 bis-b, nos habla sobre el tema del concepto de "efecto", lo cual pudiera entenderse que dicho texto legal puede abarcar a otros títulos valores además del cheque, como la letra de cambio, el pagare, etc.; aunque ello sinceramente creo que sea poco probable, teniendo en cuenta el contexto de los dos párrafos precedentes de dicho artículo.

^[12] Joan J. Queralt, idem, pág. 325

^[13] Art. 123 L.C.CH. "Cuando el endoso esté en blanco, el tenedor podrá: 1) Completar el endoso en blanco con su nombre o con el de otra persona. 2) Endosar nuevamente en blanco o hacerlo designando un endosatario determinado. 3) Entregar el cheque a un tercero, sin completar el endoso en blanco y sin endosatario".

En lo referente a con cualquier fin, a pesar de que autores como SUAREZ MONTES; CUELLO CALÓN [84], entienden que es indiferente que sea en pago, garantía, donación, constitución de un préstamo, etc.. Por correctivo de la Jurisprudencia, se habrá de entender sólo los fines "licitos", y según la naturaleza propia del cheque, tal como ya se dijo en el apartado primero del art. 563 bis-b.

d) A sabiendas de su falta de cobertura. Es evidente que la presunción de inocencia y la buena fe en las relaciones contactuales, se presumen por principio constitucional (arts. 24,2), por lo cual para que se produzca la tipicidad, habrá de probarse que el tomador conocía o tuvo los medios suficientes para conocer que el cheque no era conforme antes de negociarlo.

El verbo "saber" significa conocer una cosa o tener conocimiento de algo, en este caso es al tenedor a quien se le "exigüe" tal conocimiento, es decir, saber que no hay fondos suficientes, con lo cual entendemos [85] que la culpa también podría existir en las formas de Culpabilidad de esta tercera figura delictiva, al igual que se exige la no ignorancia al librador en los párrafos primero y segundo del art. 563 bis-b.

Según apunta MAJADA [86] "de ignorar el tomador la falta de cobertura no habrá delito". Pero me pregunto yo ¿Es lógica dicha ignorancia con los medios actuales?

Sinceramente creo que no, pues ya no se trata de un simple librar o retirar, condicionado muchas veces por circunstancias externas como veremos, sino que en este caso se trata de negociar, con lo cual el tomador está "vendiendo" un derecho.

Sin embargo la mayoría de la doctrina entiende, como señala VICENTE BALDO [87] que: "Con ello, el legislador se refiere concretamente a la exigencia del dolo específico (del tomador) no admitiéndose ni doctrinal ni jurisprudencialmente, la negligencia como forma de la culpabilidad en este supuesto concreto".

Lo cual se agrava en esta modalidad delictiva, pues a los tenedores intermediarios para poderles incriminar, habrá de probarseles si eran conocedores de la falta de cobertura del cheque, lo que normalmente será difícil, y casi imposible en los

84 Cuello Calón, idem, pág. 1015

85 Ver Exigibilidad (cap. IV): la opinión compartida con Jose Vicente Reig Reig sobre este tema.

86 Arturo Majada, idem, pág. 334

87 Vicente Baldó del Castaño, idem, pág. 592

endosos en blanco.

Por esto en la práctica judicial, ésta modalidad delictiva es de escaso volumen, como lo demuestran las pocas sentencias del Tribunal Supremo que hay sobre el párrafo tercero del art. 563 bis-b, al haberse tipificado de una forma innecesaria.

En cuanto a lo de la cobertura, como indica BAJU FERNANDEZ [88] es una expresión más amplia que la de disponibilidad, ya que aquella puede existir sin ésta, por ejemplo en el bloqueo de fondos.

Como vemos en la práctica, si en tales casos el cheque es pagado por quien sea, todo queda consentido al buen fin del documento que es el cobro, a pesar de que esta modalidad del delito se consuma con la negociación, lo que no deja de ser otra contradicción más y prueba de la debilidad del bien jurídico.

Siguiendo a MAJADA [89] podemos concluir, que la teología de este delito, si es con finalidad defraudatoria, lleva consigo la calificación del hecho como de una estafa, con lo cual sería posible la supresión del cheque es descubierto como delito autónomo; ya que dicha autonomía parece ser es un producto hecho a medida de unos "ciertos intereses económicos", tomando como bandera el tema de la seguridad del tráfico mercantil, pero que en la realidad cotidiana, poca gente la tiene en cuenta, pues las relaciones entre librador y tenedor se basan más en la confianza personal entre ambos, que en la seguridad del tráfico aludido.

IV) CLASE DE TIPO

En la clasificación de los tipos, han de tenerse en cuenta cada uno de los momentos que componen el "análisis genérico del tipo de injusto: el bien jurídico, la formulación típica, y los diversos elementos del hecho." [90]

Hacer una exposición detallada de la clase de tipos que se contienen en el Derecho Penal, sería muy extenso y queda fuera de nuestros propósitos, aunque si señalar una pequeña sinopsis de ello en nota a pie de página, para indicar con que criterios me

88 Miguel Bajo Fernandez; idem; pág. 389 citando a QUINTERO

89 Arturo Majada; idem; pág. 334

90 M. Cobo del Rosal y Vives Antón; idem; página 323

he basado [71].

El delito del art. 563 bis-b, como hemos visto más arriba, es un delito entendido en general como de simple actividad o formal; de comisión o acción por su forma de conducta.

También hemos visto en cuanto al círculo de personas, es un delito especial estricto, o sea, sólo puede ser sujeto activo el que reúna la cualidad que se tipifica, en éste caso el librador y tomador; y por el número de sujetos, es propiamente unipersonal.

En cuanto a la intensidad del ataque al bien jurídico, en nuestra opinión, siguiendo los postulados de MAJADA [72], es un delito de peligro en abstracto; por el número de bienes jurídicos protegidos, dependerá de la posición doctrinal que adoptemos, particularmente me inclino por ser uniofensivos, es decir, un solo bien jurídico (la seguridad del tráfico mercantil).

Por el grado o modo de ejecución, consideramos que es de consumación normal. Siendo discutible sus formas imperfectas.

Por su número de acciones, como hemos visto, entendemos que es compuesto, es decir, se tipifica en cada párrafo una acción: librar, retirar o entregar (con sus elementos objetivos).

71 SAINZ CANTERO; idem; págs. 292 y siguientes. Recogida en nuestro país por RODRIGUEZ MUURULLU y otros, siguiendo los criterios de MEZGER, MAURACH y JESCHECK:

- a) Por la relación entre acción y objeto de la misma: Delitos de resultado (art. 407); y de simple actividad (art. 351)
- b) Por la forma de la conducta: De comisión (resultado y actividad); y de omisión (simple y comisión por omisión).
- c) Por el círculo de personas: De tipos comunes (cualquiera); de propia mano (art. 434); especiales en sentido estricto (art. 404); y especiales en sentido amplio (art. 415).
- d) Por el número de sujetos: Unipersonales (art. 407); y pluripersonales (unilateral y bilateral).
- e) Por la intensidad del ataque: De lesión (art. 407); y de peligro (abstracto y concreto).
- f) Por el número de bienes jurídicos protegidos: Uniofensivos (art. 407); y pluriofensivos (art. 501,1).
- g) Por el grado de ejecución: De consumación normal (art. 407); y de consumación anticipada (art. 163).
- h) Por el número de acciones de que consta: Simples (art. 514); y compuestos (complejos y mixtos).
- i) Por la función en la formación de figuras delictivas: Básicos; y derivados (agravados y atenuados).

72 Arturo Majada; idem; pág. 259

Y finalmente, en cuanto a la función que los tipos desempeñan en la formación de grupos de figuras delictivas, en puridad jurídica he de admitir que es un delito básico y autónomo, aunque en nuestra opinión, dicha cuestión debería de ser cuestionada por su falta de fundamento en la actualidad.

1) Análisis de su naturaleza jurídica

Como se ha visto al hablar de la función del tipo de injusto, hemos observado que el mismo tiene una doble dimensión: "una fáctica o proposición normativa" y otra "valorativa o puesta en peligro de un bien jurídico".

Pues bien, para adecuar los resultados de los delitos a su tipo, hemos de partir de cuanto el comportamiento humano surge efecto dentro del mundo jurídico penal, para ello hemos de clasificar los tipos en atención a este momento.

El análisis de dichos tipos, nos trae como consecuencia lógica el estudio de su naturaleza.

Lo que en el caso del delito del cheque en descubierto, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididos, al no llegar a un acuerdo unánime sobre en que momento se consuma el delito, es decir, cuando se produce la lesión del bien jurídico tipificado.

Para BAJO FERNANDEZ [73] y con él algunos otros autores como QUINTERO OLIVARES; VIVES ANTÓN; MOCHOLI; J.QUERALT; RUIZ VADILLU; etc., e incluso la propia jurisprudencia lo ha corroborado en algunas sentencias (T.S. 14-03-72; 02-10-72; 06-12-77; 22-02-77; 18-04-80; 02-02-81; 03-11-84 [74]), 20-12-84; 14-3, 11-7 21-10-85; 20-10 y 29-10-86; 21-4-89; 16-5-89 y 7-12-89 consideran que dicho delito es de naturaleza formal o de simple actividad.

Según señala MAJADA, citando a SOLER [75], el derecho

⁷³ Miguel Bajo Fernandez: "Manual de Derecho Penal, parte especial", página 382, editorial Ceura

⁷⁴ S.T. 03-11-84 CONSIDERANDOno sólo en cuanto a su estructuración formal sino también en cuanto a su estimación intrínseca, naturaleza y contenido..

CONSIDERANDO ...siendo esta motivación la que llevó al legislador a la reforma apuntada para acentuar, el carácter formalista y objetivo de la infracción..

⁷⁵ Arturo Majada: "Cheques y Talones de Cuenta Corriente, en sus aspectos Bancario, Mercantil, y Penal"; editorial Bosch; página 259.

incrimina acciones de este tipo, independientemente de un perjuicio patrimonial concreto, es decir, lo que se incrimina en este caso es, pura y simplemente la seguridad del tráfico mercantil, como único bien jurídico protegido. Valor jurídico que por otra parte, no está recogido en ningún artículo de la Constitución.

En cambio el propio MAJADA [76], junto con otros autores como CUELLO CALÓN; RODRIGUEZ MOURULLO; SUAREZ MONTES; etc., consideran que a este tipo de delito, no debe de serle atribuida una naturaleza formal o de simple actividad, sino de **resultado**; postura que por otra parte, también está corroborada por algunas sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo las del 21-11-75; 24-11-80; 12-12-83; 20-02-80 (en esta última se catalogaba a este delito como de material o de resultado, en base a su naturaleza).

En mi opinión, está claro que el artículo 563 bis-b en sus párrafos primero y tercero, lo que se está definiendo es un delito de "simple actividad" (formal), o sea, no requiere un resultado posterior para que se produzca su consumación.

Siendo suficiente para que se cumpla la tipicidad, con que la acción (actividad) sea sólo el: "librar, o negociar", con independencia de cualquier otro resultado o perjuicio patrimonial, individual o material.

Como indica VIVES ANTON [77], en relación al párrafo primero, entre el libramiento sin fondos y el impago del cheque, no existe relación de causalidad material, por lo que es inadmisibile que dicho delito sea considerado como de resultado.

Pero en cambio en el párrafo segundo, la cuestión a mi entender no está tan clara, pues se señala como elemento objetivo de la tipicidad, que el: "retirar" produzca un resultado, que es el "impago del cheque".

Pues como sigue indicando dicho autor: "...el impago del cheque constituye una situación típica que, pese a no representar un resultado de la acción, determina su relevancia penal; de no producirse, queda absolutamente excluida la tipicidad".

La consecuencia de todo ello, es que existe una cierta incertidumbre a la hora de saber en que momento se consuma la acción, ya que para los que el delito es formal o de mera actividad ésta se produce al emitirse o entregarse el cheque, es

76 Arturo Majada, idem, pág. 260

77 T.S. Vives Antón: "Derecho Penal, parte especial" página 974, editorial Tirant lo Blanch

decir, presumiblemente la fecha consignada en el documento [98].

En cambio, para los que el delito es material o de resultado, ésta se consumirá al momento de su presentación, es decir, al impago.

Como señala BAJO FERNANDEZ [99], cualquier postura conduce a resultados insatisfactorios, pues si se toma la teoría de la naturaleza formal, no se admitirán las formas imperfectas de ejecución, pero por otra parte, subsistirá el delito aunque no se produzca daño alguno; en cambio si se admite la teoría de la naturaleza material, han de admitirse las formas imperfectas de ejecución, con lo cual "se extiende el ámbito de lo punible de un precepto (delito) cuya razón político criminal es muy discutible".

Como puede observarse en esta cuestión, tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas, al no haber un criterio unánime para determinar cuando se consuma la acción, lo cual no deja de ser un peligro para la "seguridad jurídica", cuyo principio o bien jurídico si se encuentra tutelado en la Constitución de 1978 (art. 9,3).

Es decir, que por proteger un bien jurídico llamémosle "secundario", se está poniendo en peligro un bien jurídico de primer orden ("primario" constitucionalmente hablando), lo cual va en contra de los principios también constitucionales de "legalidad" y de la "jerarquía normativa" de un Estado Social y democrático de Derecho (principios recogido dentro del propio art. 9,3).

Por otra parte, y en base a la punibilidad de dicho bien secundario, aun no se ha demostrado que se hayan conseguido los efectos que se pretendían evitar; más al contrario, quizá con ello lo que si se haya logrado es perjudicar en una mayor manera la divulgación y efectividad del cheque dentro del tráfico mercantil, debido y en palabras de MAJADA: "al fundado temor de no poder demostrar el error determinante del giro sin respaldo", o estar en muchísimas ocasiones, a merced de la voluntad de terceros para la consumación del delito.

Si a todo ello añadimos, de que la figura delictiva contenida en el art. 563 bis-b, está desarrollada como un delito "autónomo y de peligro potencial en abstracto" [100], al haberse

98 * No siempre se da ésta coincidencia, como veremos al tratar de la Tipicidad (Fecha de Emisión)

99 M. Bajo Fernández, *idem*, pág. 382

100 Arturo Majada, *idem*, pág. 258 y 259

desplazado de su anterior ubicación de entre las defraudaciones y quedando regulado como algo que no protege ningún bien patrimonial concreto, sino que lo que se tipifica es la simple falta de fondos, en aras de la seguridad del tráfico mercantil y la confianza pública.

Y además añadimos de que es un delito perseguible de oficio, que en la práctica judicial nunca se cumple, al tener que ser instado por parte del perjudicado mediante la correspondiente denuncia o querrela, ya que los librados -Bancos o Cajas- de mutu propio, si no se ven ellos mismos perjudicados de forma directa, en general no suelen poner tales impagos en conocimiento de la autoridad judicial, se comprenderá el porque de esta tesis.

V) EXCLUSION DE LA TIPICIDAD EN RELACION CON EL ART. 563 BIS-B

Según indica SAINZ CANTERO ^[101], la tipicidad falta en dos supuestos básicos, a los que modernamente hay que añadir un tercero, en referencia a las causas de exclusión de la misma. Estos son: La ausencia del tipo de injusto; la falta de algún elemento del tipo; y las acciones socialmente adecuadas, aunque esta última causa no sea aceptada por toda la doctrina.

1) Ausencia del Tipo de Injusto

Se trata de la ausencia de tipicidad propiamente dicha, es decir, cuando no existe en el catálogo de los delitos, ninguna figura o tipo delictivo, donde se puedan recoger los hechos acaecidos en el mundo real con cierta relevancia penal.

En consecuencia, el penalista ha de llegar a la conclusión de que los mismos no son delito, al faltar la lesividad exigida en una figura legal típica o tipo de injusto.

Lo que no ocurre en el caso del cheque en descubierto, ya que el mismo se encuentra tipificado en el art. 563 bis-b. Otra cosa es la valoración que de ello hagamos.

Según dicen los profesores COBU DEL ROSAL y VIVES ANTON: "No hay delito sin tipo". Otra cuestión es que debiera de haberlos, me refiero al tipo.

Como ocurre con los demás títulos valores pecuniarios por ejemplo: la emisión de Pagares o Letras de Cambio sin fondos o provisión no son delito.

¹⁰¹ José A. Sainz Cantero; idem; libro II; página 300

A pesar de que en su contra existe el art. 2 del C. Penal, cual obliga a los Jueces a poner en conocimiento del Gobierno, conductas no penadas que crean merecerlo.

2) La Falta de algún Elemento del Tipo.

Nos referimos a la ausencia de cualquiera de los elementos que forman el tipo de injusto, es decir, según indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [102] cuando: "las características del tipo de injusto, no responden a las exigidas, abstractamente, en la descripción normativa".

Pudiendo ser estos elementos: La acción; el nexo causal; los sujetos (pasivo y activo); el objeto material; el resultado; situaciones típicas; etc.

Para SAINZ CANTERO [103], cabe formular en esta situación tres observaciones importantes: a) La falta de cualquiera de las exigencias del tipo de injusto produce la exclusión del mismo, aunque puede ser punible el hecho si es subsumible en otro tipo penal; b) Deben de tenerse en cuenta los preceptos relativos a la tentativa y la frustración, si no se produce el resultado típico; y c) Puede faltar la cualidad exigida en el sujeto activo y en cambio ser penada como autor [104].

a) **Ausencia de acción.** Siguiendo la clasificación de MAURACH recogida por RODRIGUEZ RAMOS [105], los supuestos de la ausencia de "conducta" son: Los Movimientos Reflejos; Las Situaciones de Plena Inconsciencia; y el Actuar por una Fuerza Irresistible. Veámoslos:

Los Movimientos Reflejos se deben a movimientos instintivos o convulsiones realizados en un momento de sobresalto.

Tal exclusión, se justifica además, por el propio concepto del delito del art. 1,1 del C. Penal. [106]

Es evidente, que para las acciones tipificadas en el art.

¹⁰² Lo que Cobo del Rosal y Vives Antón llaman su: "Dimensión Fáctica"; idem; página 333.

¹⁰³ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 300 (libro II)

¹⁰⁴ En relación con el art. 14 Cód. Penal: Tipos de Autores (los cuales se verán en el capítulo V)

¹⁰⁵ Luis Rodríguez Ramos, idem, página 169

¹⁰⁶ Visto en el capítulo primero (Delito Jurídico)

563 bis-b, tal causa de ausencia de acción no se dará nunca, ya que el librar, retirar o entregar, son acciones que sin la voluntad consciente no pueden realizarse, es decir, son acciones que requieren una serie de actos coordinados hacia su fin. (No son como disparar un arma o apretar un botón).

Las situaciones de Plena Inconsciencia son, el sueño profundo, delirios de fiebres, estados de hipnosis, drogas, alcohol, etc., por las cuales la voluntad del sujeto ha quedado plenamente anulada.

Como señala SAINZ CANTERO [107], la jurisprudencia viene amparando tales hechos en el trastorno mental transitorio del art. 8,1 C. Penal, o su derivado el art. 9,1 C.P. [108] [109].

Sin embargo en materia de drogas, la jurisprudencia es algo reácea en apreciar la eximente incompleta del trastorno mental transitorio del art. 9,1 en relación con el art. 8,1, según se desprende de las sentencias T.S. 17-1-83 [110] y 3-5-83 [111].

¹⁰⁷ José A. Sainz Cantero; idem; pág. 271 (libro II)

¹⁰⁸ Incorrectamente según CORDUBA RUDA (en las Eximentes Incompletas), ya que en estos casos "la exclusión de la responsabilidad criminal por ausencia de acción, en lugar de por falta de imputabilidad como se viene haciendo, tiene indudable repercusión práctica, sobre todo en lo que afecta a la responsabilidad civil y a la participación". Citado por SAINZ CANTERO, idem, pág. 271

¹⁰⁹ Según sentencias T.S. 10-11-84 y 29-3-86 "Se consideró eximente incompleta en el supuesto de un heroinómano que en la crisis de la abstinencia le sobrevenían profundos estados de perturbación y ansiedad, bajo cuyos efectos cometió el delito".

¹¹⁰ S.T.S. 17-1-83 (primer considerando) "La manera de comportarse el drogadicto sin incurrir exactamente en la doctrina de las acciones 'libera in causa' se aproxima a ella, pues sabe que se le presentará el síndrome carencial, y en lugar de tomar las medidas adecuadas para la desintoxicación, o des-habituación, opta por seguir consumiendo droga, situándose en una situación de mayor o menor inimputabilidad por él mismo provocada; por lo que el reproche culpabilista se basa no en el momento de cometer el hecho delictivo, sino en época anterior al mismo, en la que con plena conciencia y voluntad no viciada, decide seguir con su vicio, y consecutiva delincuencia".

¹¹¹ S.T.S. 3-5-83 (segundo considerando) "(c) porque la eximente de trastorno mental transitorio alegada, exige una pérdida total o muy intensa de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto que lo padece, o una extraordinaria

perturbación animica que anule dichas facultades.. d)..siendo preciso a Juzgadores penales ponderar con cautela todas las circunstancias, puesto que una solución permisiva conduciría inexorablemente a la concesión de una patente de impunidad de nefastas consecuencias en la sociedad, ya que el drogadicto sabe que los estados de carencia se le van a presentar periódicamente y a pesar de ello lejos de acudir a su deshabitación por cualquier medio curativo, prefiere escudarse en la disminuida imputabilidad que se ha provocado, puesto que la reprochabilidad de su conducta no hay que situarla cuando ejecuta el hecho punible, sino retrotraería al momento en que gozando de raciocinio y capacidad decisoria, resuelve continuar en su perniciosa toxicomanía y consecutiva actuación delictiva.."

En el caso de la **embriaguez**, podrá apreciarse como eximente en los supuestos de ser plena y fortuita, es decir, que prive de las facultades intelectuales y volutivas, y que no sea causada con el propósito de delinquir.

Se podrá emplear como eximente incompleta o atenuante [¹¹²], cuando no sea habitual y no se haya producido con propósito de delinquir (art. 9,2 C.P.). Al igual que la drogas por analogía.

Con lo que se puede resumir, que en la materia del art. 563 bis-b, si la inconsciencia es plena, no habrá posibilidad para ejecutar las acciones tipificadas [¹¹³]; y si por el contrario, la pérdida de facultades no es total, pero intensa, la eximente (completa o incompleta) será admitida por la jurisprudencia, pero de una forma muy restrictiva, dependiendo de cada caso personal (ya que como se ha señalado en las sentencias apuntadas, podrían quedar impunes algunas acciones delictivas efectuadas con una cierta premeditación) [¹¹⁴].

No obstante y en mi opinión, la doctrina general restrictiva aplicada a este delito, puede crear ciertas situaciones de indefensión al librador, máxime cuando la pérdida de consciencia "no es plena".

Como el que extiende un cheque sin fondos estando bajo los efectos del alcohol, durante una gran comida de negocios. O el que estando bajo los efectos del síndrome de abstinencia, por

¹¹² Según señala A. SERRANO; ídem; pág. 125: "Para estimar la embriaguez como atenuante, es necesario que produzca una pérdida parcial de la conciencia de sus actos, con disminución de su capacidad de discernimiento (Ss. 12-11-84 y 8-5-86)".

¹¹³ Como hemos visto al hablar de los movimientos reflejos

¹¹⁴ Dicho tema será tratado de nuevo en el capítulo siguiente al hablar de los supuestos de Inimputabilidad.

conseguir droga, extiende un cheque en descubierto para ello.

Con estos ejemplos, lo que he pretendido señalar, es que la ley Penal, dentro de una relación contractual (obligaciones civiles) como es el pago de un cheque, solamente se protege en el empleo de dicho documento mercantil, a una de las partes (tomador), discriminado a la otra (librador), lo cual no deja de ser a mi entender, una especie de injusticia, creando lo que podríamos llamar "desigualdad en el trato jurídico".

El actuar por una fuerza irresistible, según RODRIGUEZ DEVESEA [115] "Fuerza irresistible es aquella que imposibilita el sujeto adoptar una resolución o que, cuando la ha tomado, impide que la ponga en práctica". [116]

De entre las tres causas de ausencia de acción mencionadas, solamente la fuerza irresistible está contemplada en el Código Penal como eximente art. 8,9 [117], pudiendo ser apreciada como atenuante del art. 9,1, o en relación con el miedo insuperable (eximente del art. 8,10) [118].

Si bien por la jurisprudencia [119], se le exigen tres

¹¹⁵ José María Rodríguez Devesa; idem (PG); pág. 478

¹¹⁶ En carecido sentido el Magistrado HIJAS PALACIOS: "Más entiendo por ésta, toda clase de presión que se ejerce sobre el autor del delito, de tal entidad que venza su voluntad, anulando por completo la misma.." Sentencia T.S. 20-4-85 (Aranzadi 2115)

¹¹⁷ Art. 8,9 C.P.: "Están exentos de responsabilidad criminal. El que obra violentado por una fuerza irresistible.

¹¹⁸ Que veremos al tratar la Exigibilidad (cap. IV)

¹¹⁹ T.S. 11-10-58: "La fuerza irresistible que expresa el art. 8,9... precisa que tal fuerza provenga del exterior, actuando materialmente sobre el agente e impidiéndole por ello una libre determinación de sus actos.."

T.S. 17-5-65: "Para que esta circunstancia pueda ser estimada, es preciso que un tercero ejerza sobre el agente del delito, una violencia material tan irresistible que anule por completo su libertad y le obligue a ejecutar el acto que su voluntad rechaza.."

T.S. 13-12-71: "La fuerza que impulsa a un hacer que se ofrece con antijuricidad penal, ha de ser extraña al agente y anuladora de la voluntad de la acción.."

T.S. 12-6-85: "... el supuesto intermedio en que la fuerza irresistible no integra una 'vis absoluta', pero si suficiente para doblegar la voluntad del agente..."

FUENTE: Código Penal (Com. y Jurisp) de J.L. Manzanares 1990

requisitos a esta eximente: violencia material (o física) que provenga del exterior; ejercida por otra persona; y que anule por completo la voluntad del agente [120]. En caso contrario se apreciará como atenuante (eximente incompleta del art. 9,1); es decir, cuando la "fuerza sea resistible" [121].

En la práctica comercial y bancaria, a nuestro entender, tal eximente podrá apreciarse en algunos casos extremos.

Sirvan como ejemplos: El caso de no servir más materiales o suministros a una empresa, si ésta no entrega un cheque en pago. O el no autorizar un descubierto el director de una sucursal Bancaria, si no cubre su cliente el saldo deudor a final de mes, a través de un cheque de otro Banco o Caja. También en los casos de pago a empleados, que exigen el cobro de sus salarios, con la amenaza de quedarse con las herramientas o productos si no cobran. O el peligro de sufrir la inminente presentación de quiebra por un acreedor impaciente. etc., y que produzcan los efectos que señala la S.T.S. 18-4-83.

Como podrá comprenderse, cualquiera de los tres supuestos antes apuntados, serán causa para descalificar a las acciones que se señalan en el art. 563 bis-b, siempre que tales hechos resulten debidamente probados.

b) Ausencia o interrupción del nexo causal. Tradicionalmente se ha intentado responder a la pregunta de ¿Cuándo existe una relación de causalidad entre una acción y el resultado tipificado penalmente?.

Para ello se han formulado durante más de un siglo diversas teorías [122]. Actualmente la que goza de una mayor aceptación es la de "imputación objetiva" [123].

¹²⁰ Según señala José A. Sainz Cantero; idem; pág. 269 y 270

¹²¹ Según SAINZ CANTERU; idem; pág. 268. Se puede hablar de fuerza resistible "Cuando la violencia material pueda ser superada mediante una resistencia considerable por parte del sujeto".

¹²² Teoría de Equivalencia de Condiciones; teorías Individualizadoras y Generalizadoras; teoría de Relevancia, etc.

¹²³ Según indica MIR PUIG; idem; página 245. Dicha teoría "No se trata sólo de un correctivo a veces necesario de la causalidad, sino de una exigencia general de la realización típica". En esta teoría "se exige la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realice en el resultado".

Como señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [124]: "Al Derecho penal interesa determinar cuando un cierto resultado puede ser objetivamente imputado a una acción".

Es decir, y siguiendo a MIR PUIG [125]: la causación material del resultado por una conducta, no es suficiente para que ésta pueda considerarse típica. "Si el resultado se puede imputar objetivamente a una conducta, es entonces, porque ésta es típica, es decir, se realiza el tipo".

Según dicho autor, para la necesaria imputación en la realización del tipo en los delitos de resultado son precisos tres elementos: "1) La relación de causalidad; 2) Una determinada relación de riesgo; 3) La relación de autoría".

En cambio en los delito de simple actividad, "No es preciso el primer elemento de la imputación objetiva en los delitos de resultado", es decir, la relación de causalidad, pero si los otros dos elementos: "Relación de riesgo y relación de autoría".

En el caso concreto del delito de cheque en descubierto, como se ha visto anteriormente, es un delito de los llamados de simple actividad, en consecuencia el nexo causal no será necesario que exista para se produzca el delito, sino que solamente será necesario que se cumpla el tipo de injusto en relación con el autor, pues sólo el autor puede realizar el tipo.

En cuanto a la interrupción del nexo causal, para los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [126], ésta se produce en las acciones dolosas de un tercero: "cuando un tercero se sobrepone al hacer del autor y produce el resultado del tipo, porque la relación de causalidad -según dichos profesores- no puede remontarse en estos casos hasta más del primer agente (prohibición de regreso)".

Es decir, las acciones culposas o imprudentes procedentes de un tercero, aunque pueden originar consecuencias no predicibles y eliminar la causalidad, no siempre habrá de ocurrir así.

En consecuencia, en las figuras tipificadas en el art. 563 bis-b puede ocurrir, que un tercero como puede ser el librado (Banca o Caja), que actuando dolosamente en la producción del resultado del tipo, si ello se probara debidamente excluiría la tipicidad del delito, lo cual demuestra una discriminación de trato en los sujetos intervinientes.

¹²⁴ Idem, página 307

¹²⁵ Idem; página 249 y siguientes.

¹²⁶ M. Cobo del Rosal y Vives Anton; idem; página 334/335

3) Acciones socialmente adecuadas.

Entiendo con el profesor SAINZ CANTERO, que existe (a partir de WELZEL) "la teoría de las acciones socialmente adecuadas", la cual preconiza que aun existiendo la tipicidad, si se trata de comportamientos considerados por todos como normales, por las necesidades de la vida moderna o el convencimiento mayoritario de su tolerancia [¹²⁷], tal tipicidad debe de "no ser tenida en cuenta"; "suprimirla del catálogo de los delitos" o adaptar su contenido a su realidad social.

En igual sentido MIR PUIG [¹²⁸]: "Se entiende que la adecuación social constituye un criterio de interpretación que obliga a restringir el alcance literal de los tipos de la Parte Especial, excluyendo de ellos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados" [¹²⁹]

Como indica dicho autor: "La adecuación social determinaría, por esta vía, la impunidad de hechos que de otro modo aparecerían como imprudentes o incluso dolosos".

Este caso podría darse en la figura delictiva del cheque en descubierto, si bien no excluyendo las formas dolosas, si en cambio su formas culposas.

Quedaría por delucidar, si dicha impunidad sería en base a una causa de exclusión del tipo, o a constituir una causa de justificación de la antijuricidad, cuestión que dependería de la posición doctrinal adoptada y concepto de tipo que se utilizase [¹³⁰].

No obstante, un gran sector la doctrina ha recibido con mucha prevención esta teoría por dos motivos:

Primero, por la gran variedad de comportamientos que se pueden incluir: los diferentes medios de transportes, en especial el tráfico automovilista; ciertas empresas y explotaciones mineras, madereras, agrarias; actividades investigadoras; producción de energía nuclear; fabricación de armamentos; ciertos deportes (boxeo, fútbol, caza, etc.); ciertos tratamientos médico-quirúrgicos; venta de bebidas alcohólicas; fabricación y venta de material pirotécnico; ciertas actividades de diversión

¹²⁷ Ver cap. IV: La Exigibilidad, 1)

¹²⁸ Santiago Mir Puig: El Derecho Penal PB"; editorial PPU; página 458

¹²⁹ S. Mir Puig; idem; página 567 y siguientes

¹³⁰ Ver MIR PUIG; idem; página 569

(parques acuáticos, atracciones, etc.); ciertos racismos; etc..

En segundo lugar, por entenderse que estas acciones se encuentran suficientemente amparadas por las causas tradicionales de "justificación" de la eximente del art. 8,11 Cód. Penal.

Como indican los profesores CUBO DEL ROSAL y VIVES ANTUN [131]: "Cualquier comportamiento que lesione en forma típica un bien jurídicamente protegido, es adecuado al tipo, con independencia de que sea un comportamiento socialmente normal (en cuyo caso, se hallará amparado por la correspondiente causa de justificación)".

Lo que a mí entender, no siempre ni necesariamente será así, pues sirva como ejemplo el caso de la tipificación de las faltas, después de la última reforma de la L.O. 3/1989 de 21-6.

Por otra parte, no debe olvidarse, que el fundamento de toda norma, no debe de estar sólo avalado por la fuerza de la ley, sino por la razón en base a unos valores; valores que habrá de darse una sociedad a sí misma del modo más democrático posible, que a su vez es cambiante en el tiempo y el espacio.

Siendo nuestra Constitución de 1978, posterior a la Ley de 1971 que reformó la penalización del cheque en descubierto, es comprensible y previsible que los valores que en la misma se contienen, como la presunción de inocencia, la seguridad jurídica, la igualdad, la libertad, la legalidad, la vinculación de los tratados y derecho internacional, la economía de libre mercado, etc., prevalezcan sobre el "valor" que se referencia en las tipicidades del art. 563 bis-b, contenidas en sus tres párrafos, como es el caso del bien jurídico allí recogido "la seguridad del tráfico mercantil", lo que en definitiva no deja de ser una cierta "prisión por deudas", lo cual pertenece más bien a un Estado posterior al actual.

En consecuencia, habría que modificarlo o suprimirlo en favor de aquellos, cuyo valor fue legitimado por un pueblo de forma democrática.

Además, hay que considerar que el Derecho Penal debe de ser el último recurso a emplear, para corregir determinadas conductas cuya poca relevancia no atenten gravemente a una sociedad.

Caso éste, del bien jurídico protegido en el art. 563 bis-b, ya que en muchas ocasiones, en especial las formas culposas, son un riesgo asumido por la propia sociedad, y en cualquier caso, existen otros medios preventivos o de protección antes que ir por la vía penal.

¹³¹ Idem, página 305

Según dice QUINTERO OLIVARES [¹³²], en referencia al Derecho Penal: "Este reprime conductas intencionadamente dirigidas a ofender bienes jurídicos de especial importancia para la convivencia".

Pero en una sociedad moderna ¿Quién decide lo que es importante para una buena convivencia social?

Como señala el profesor LOPEZ CALERA [¹³³]: "Las decisiones sociales y democráticas pueden ser erróneas y perjudiciales para la misma sociedad, como también lo pueden ser las decisiones autocráticas, elitistas o paternalistas. Sin embargo, creemos que hay una notable y definitiva diferencia: en el caso del derecho y de la política la carga del error o del perjuicio tiene una sola víctima, porque único es también su destinatario: la sociedad".

En referencia al Derecho penal, en un Estado democrático, en la medida de lo posible ello obliga a estar al mismo Estado al servicio de los ciudadanos. [¹³⁴]

VI) CAUSAS DE JUSTIFICACION DE AUSENCIA DE LA ANTIJURICIDAD

Como hemos visto al principio, el juicio de antijuricidad para complementarse, requiere además de que se realice el tipo, de que no exista ninguna causa de exclusión del mismo, ni de justificación de ausencia de la antijuricidad.

Las exclusiones de la tipicidad las hemos tratado en el epígrafe anterior, queda pues en éste, desarrollar que causas pueden justificar la ausencia antijuricidad, entendiendo que la primera y principal, es la conveniencia o no de proteger penalmente a un determinado bien jurídico [¹³⁵].

Siguiendo a MEZGER [¹³⁶], el fundamento de estas causas de justificación que el Derecho positivo renoce son: "ausencia de interes" e "interés preponderante".

¹³² Prólogo a la obra del profesor JUAN MANUEL VALLE MUÑOZ "El Delito de Estafa", editorial Bosch, página 12

¹³³ Nicolas M. López Calera: "Derecho Natural", UNED, pág 40

¹³⁴ Mir Puig, idem, pág. 81

¹³⁵ Cuestión trata en el capítulo II

¹³⁶ José Sainz Cantero; idem; página 325

1) Consentimiento del Sujeto Pasivo

La doctrina entiende que se produce una "ausencia de interés", cuando el titular del bien jurídico carece de interés para que le sea protegido.

No obstante, no todos los bienes jurídicos son disponibles por el sujeto, pues existe el reconocimiento general de que los bienes jurídicos de carácter público no lo son, es decir, la disponibilidad de los bienes jurídicos sólo abarca a los que son de carácter particular, y dentro de éstos, algunos también son irrenunciables, como la vida; la integridad física; etc. [137]

En consecuencia, para que el reconocimiento sea eficaz y según SAINZ CANTERO [138], recogiendo los requisitos que señala PRADEL, éstos deben de ser tres: 1) Ser anterior o simultáneo a la realización de la conducta típica; 2) Ha de ser libre, como acto de voluntad del titular; 3) Disponibilidad del bien jurídico por parte de éste.

Es de observar, que en nuestro Código penal no existe de una forma clara, una formulación legal que recoja la exención de la responsabilidad penal, sobre cuando es disponible la tutela de un bien jurídico por su titular.

Es decir, el consentimiento del sujeto pasivo, no se halla regulado expresamente como una eximente del art. 8 Cód. Penal, ni puede aplicarsele por analogía ninguna de las causas previstas en el mismo [139].

Sin embargo, si existen artículos del propio Código Penal [140], que de una forma llámésmole presunta, si dan valor al consentimiento del sujeto pasivo como causa de exclusión de la tipicidad.

Por ello se ha discutido, si el consentimiento del sujeto pasivo, forma parte de las causas de justificación de la ausencia

¹³⁷ Ver afirmaciones en este sentido en M. Cobo del Rosal y Vives Antón, idem, pág. 364; y S. Mir Puig, idem, pág. 558.

¹³⁸ José Sainz Cantero, idem, pág. 325

¹³⁹ Según MIR PUIG; idem; página 557. Existe un sector de la doctrina española, que entiende que el consentimiento podría desplegar su eficacia a través de la eximente del art. 8, 11*

¹⁴⁰ Ejemplos de ello, pueden ser el art. 490 (allanamiento de morada); y 514 (hurto) interpretados a sensu contrario.

de antijuricidad o de exclusión de la tipicidad [¹⁴¹].

En el caso concreto del art. 563 bis-b, a pesar de ser un bien jurídico de carácter público: "la seguridad del tráfico mercantil", y por consiguiente irrenunciable por el sujeto. Si caben -según señala la Jurisprudencia y lo indican VICENTE BALDO [¹⁴²] y MAJADA [¹⁴³]- unos supuestos en los que si hay que "excluir la falta de antijuricidad en aquellas conductas que consistiendo en el libramiento y entrega de un cheque no lleven aparejado un atentado contra dicho bien jurídico, ni contra la legítima esperanza de cobro que tiene el acreedor que consiente el recibirlo".

Esto puede concretarse en algunos supuestos determinados que se apuntan, ello sin ánimo de ser una lista cerrada:

1) Cuando el tomador recibe el cheque y sabe que el librador carece de fondos, es decir, cuando es conciente de ello.

-Sentencias del Tribunal Supremo: 30-6-71; 2-11-71; 9-3-72; 2-11-74; 25-2-75 y 18-3-75 entre otras.

2) Cuando el tomador recibe el cheque y sabe que el librador se encuentra en concurso acreedores, quiebra y suspensión de pagos.

-Sentencias del Tribunal Supremo: (16-2-68; 19-2-69) y 15-11-71

3) Entrega de cheque en renovación de letra u otro cheque, es decir, se produce una novación en el pago con el mismo deudor.

-Sentencias del Tribunal Supremo: 17-11-71; 2-6/4-7-72 y 12-12-72

4) Entrega de un cheque en garantía o pago de un crédito, préstamo que se recibe simultáneamente; reconocimiento de deuda o de una promesa de pago postdatada.

-Sentencias del Tribunal Supremo: (4-3-70; 7-11-70); 22-6-76; 23-11-82; 30-3-83; 18-1-84; 25-3-86; 28-11-86; 2-2-88; 3-5-88; 24-

¹⁴¹ M. Cobo del Rosal y Vives Antón; idem; página 363: "De modo que el consentimiento del sujeto pasivo, juega en el seno de la teoría del delito, un doble papel: como causa de exclusión de la tipicidad, allí donde su presencia enerva o hace irrelevante la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; y como causa de justificación, allí donde subsistiendo dicha lesión, recae sin embargo, sobre un bien del que el titular puede disponer y dispone efectivamente en favor del autor".

¹⁴² Vicente Baldó del Castaño, idem, pág. 599

¹⁴³ Arturo Majada, idem, págs. 313-326

10-88 y 29-5-89; etc.

5) Aceptación de títulos sin los designios y requisitos de las leyes mercantiles

-Sentencias del Tribunal Supremo: 20-5-70; 22-6-73; 22-6/10-11-76

5) Presentación fuera del plazo legal de pago, art. 135 L.C.CH.

-Sentencias del Tribunal Supremo: 15-2-73; 2-11-74; 20-12-75

7) Pago condicionado, si el tomador es la misma persona que aceptó la condición. Sentencia A.Prov. Bilbao 14-2-74

8) Elección de otra opción de cobro por parte del tomador, es decir, si aquella no es pagada no puede accionar ésta. Sentencia A.Prov. Zaragoza 19-1-73.

2) Causas de Interés Preponderante

Legalmente existen varios supuestos de causas de justificación de la ausencia de antijuricidad, en los que la exención de responsabilidad criminal tiene como base algunas situaciones reguladas en el art. 8 del Cód. Penal, como son: la Legítima defensa (apartado 4); el Estado de necesidad (apartado 7); el Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (apartado 11); y la Obediencia debida (apartado 12).

En cuanto al delito de nuestro estudio, habrá de analizarse que formas de estas eximentes pueden ser aplicables al tipo penal del cheque en descubierto, en referencia a sus tres conductas tipificadas: librar, retirar y negociar sin fondos.

Referente a la legítima defensa (art. 8,4), tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden que es aplicable a cualquier bien jurídico defendible, sea propio o ajeno, siempre que sean de carácter personal o individual ¹⁴⁴, es decir, los comunitarios o públicos (como la seguridad del tráfico mercantil) está exclusivamente encomendada su protección a los órganos del Estado, y si se cumplen los requisitos que se indican en dicho

¹⁴⁴ M. Cobo del Rosal y Vives Antón, idem, pág. 372: "El fundamento de la legítima defensa es doble y se halla, de una parte en la necesidad de proteger los bienes jurídicos individuales..". En igual sentido entre otros: José A. Sainz Cantero; libro II; página 342.

precepto [145].

En consecuencia, dicha eximente será de escasa aplicación al delito del art. 563 bis-b.

Por otra parte, también se exige que la agresión deba de ser actual e inminente [146], lo que supone que la legítima defensa se excluye cuando la agresión haya finalizado, pues a posteriori sólo sería venganza [147].

En cambio, la eximente de **estado de necesidad** (art. 8,7), si creo tiene una mejor adaptación en las conductas tipificadas en el art. 563 bis-b.

Según los profesores COBO DEL ROSAL y VIVIES ANTON [148]: "En la doctrina española se ha definido el estado de necesidad como una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos". Cabe añadir de igual o menor valor [149].

Lo cual nos hace distinguir dos estados de necesidad. Uno objetivo: cuando el que se sacrifica es el bien jurídico de menor valor para salvaguardar al otro; y el subjetivo: cuando los dos bienes jurídicos son de igual valor [150].

¹⁴⁵ Según sentencias T.S. del 4-2-83 y 10-6-85 son requisitos: 1) Agresión ilegítima; 2) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; 3) Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

¹⁴⁶ Según S.T.S. 8-2-74

¹⁴⁷ CORDOBA RODA, en José Saninz Cantero, idem, pág. 345

¹⁴⁸ Idem, página 381.

¹⁴⁹ Se considera que el estado de necesidad "objetivo" es una causa de justificación, y el estado "subjetivo" una causa de exclusión de la culpabilidad.

¹⁵⁰ La cuestión de valoración se hace muchas veces difícil, por cuanto muchos bienes son impoderables. Según CORDOBA RODA: "La prevalencia atribuida al interés personal sobre el público, la consideración de la vigencia de la situación respectiva y la mayor significación conferida a lo concreto (vida e integridad) sobre lo abstracto (seguridad en el tráfico, fe pública) traslucen sin duda en la jurisprudencia valoraciones existentes en la sociedad actual".

Para apreciarse esta eximente, deben de cumplirse unos requisitos según sentencias del T.S. 9-2- y 20-4-85: "1) El peligro real de un bien o derecho y además que sea grave e inminente [¹⁵¹], de tal forma que se ponga de manifiesto la realización de un mal; 2) Que este mal que se trata de evitar no sea menor que el realizado por el necesitado, con lo que se extiende la causa exonerativa de responsabilidad a los conflictos de bienes de igual rango o entidad; 3) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y 4) Que el necesitado no tenga obligación, por razón de su oficio, de sacrificarse".

En el caso concreto del delito de cheque en descubierto, entiendo que podría prosperar la eximente cuando para evitar un mal mayor, tuviera el librador o tomador la necesidad de ejecutar el tipo del art. 563 bi-b.

A título de ejemplo se podrían mencionar:

-Actos ilícitos: como fraude de ley, contra principios del ordenamiento jurídico; deudas de juego y obligaciones naturales que no sean exigibles (art. 1798 y 1090 C. Civil); etc.

(Sentencias del Tribunal Supremo: 2-11-74; 10-11-76 y 21-5-77).

-Estados de concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos, sin conocimiento del tomador, o sea, el interés general de los acreedores no puede conceder ventajas al tomador de buena fe (Sentencias del Tribunal Supremo: 16-2-68 y 15-11-71).

-Posibles casos de usura; coacción o amenazas al librador. También cabrían las eximentes de los párrafos 9 y 10.

(Sentencias del Tribunal Supremo: 28-5-73; 2-11-74; 21-5-77)

También se podrían citar aquellos casos extremos donde por "necesidad" el librador tuviera que extender un cheque aun sabiendo que no existen fondos, con precisar dinero para pagar una operación quirúrgica de algún familiar, o comprar algún medicamento, o servicio imprescindible, etc. etc.

¹⁵¹ Referente a este requisito sobreañadido por la jurisprudencia, entiendo con los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón, idem, pág. 383: "Ciertamente no podrá hablarse de necesidad justificante allí donde el peligro para el bien mayor no sea inminente, siempre y cuando el transcurso del tiempo pueda presumiblemente, aportar al conflicto alguna solución menos gravosa que el sacrificio del bien menor; más allí donde esto no ocurra, es decir, donde no quepa esperar del transcurso del tiempo ni siquiera una atenuación del conflicto, el requisito de la inminencia no tiene sentido alguno".

Es de resaltar que en el estado de necesidad: "es susceptible de tener un tratamiento de un error de prohibición, exonerativo de responsabilidad penal, cuando se está en la creencia de que existe, es decir, cuando el agente se cree amparado por la causa de justificación, dando lugar al denominado estado de necesidad "putativo", según sent. T.S. 11-10-83 [152].

En cuanto a las dos eximentes restantes de las mencionadas más arriba, tenemos el:

Apartado 11 "El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

Este apartado abarca tres supuestos: 1) Se exige que sean deberes jurídicos, tanto públicos como privados, en consecuencia se excluyen los deberes morales, sociales o de simple cortesía y que el sujeto actúe dentro de los límites de su competencia; 2) Se exige que sea un derecho legítimo, es decir, que los medios utilizados para hacerlos valer sean legales [153], con lo cual también se impone el actuar dentro de sus límites; 3) Supone el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, igualmente dentro de los límites de sus respectivos reglamentos, ya que fuera de ellos pueden ser conductas ilegales o delitos.

En referencia a su aplicación al delito del cheque en descubierto, creo que no ha de tener una gran facilidad para poderse apreciar dentro del mismo de una forma llamémosle "expresa", aunque la referencia de en cumplimiento legítimo de un derecho es algo muy extenso, ya que abarca a la totalidad del ordenamiento, incluso los derechos constitucionales.

Por eso quizá de una forma "tácita", si pueda apreciarse la eximente de este apartado en los derechos otorgados al librador o tomador, derivados del consentimiento del titular del bien jurídico afectado [154], aunque al ser un bien jurídico de carácter público, y el tipo del art. 563 bis-b ser un delito perseguible de oficio, la cuestión no está muy clara. Si bien en la práctica mercantil y bancaria, existen cantidades inmensas de cheques en descubierto, de los cuales no se ejercita ninguna

¹⁵² J. Manzanares Samaniego y J. Albacar López: Código Penal (comentarios y jurisprudencia); editorial Comares; página 99.

¹⁵³ Según indican los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón; idem; página 353: "La conducta de quien realiza el contenido material de su derecho fuera de los cauces legalmente establecidos no se halla, en principio, cubierta por la eximente".

¹⁵⁴ Tal como se ha mencionado al tratar "El consentimiento del sujeto pasivo".

acción penal, ni siquiera civil.

Apartado 12 "El que obra en virtud de obediencia debida"

Eximente que algunos autores prefieren no tratar o incluiría dentro de las causas de la inculpabilidad.

Por mi parte pienso, que es más propia del ámbito castrense que del Cód. Penal; debiendo en el mejor de los casos, de haberla colocado entre las atenuantes, ya que atendiendo al principio de legalidad, no cabe la obediencia debida a algo que la Ley califique de antijurídico, o sea, no se puede obedecer a aquel que desobedece a la Ley, a no ser que se quiera incurrir en alguna forma de participación del delito (art. 4,2); por otra parte si el mandato es legal, pues ello ya está recogido en el apart. 11 de dicho art. 8 del Cód. Penal.

En cuanto al delito cheque el descubierto, no le veo que pueda existir ninguna aplicación general, salvo de que sea utilizada en su defensa por un apoderado en referencia de su principal [100].

Antes de terminar este capítulo, quisiera puntualizar que cuando falte alguno de los requisitos vistos en las eximentes del art. 8, no será posible su aplicación como tales.

Ello no obstante, no priva que si puedan producirse sus efectos como atenuantes del art. 9,1: "Son circunstancias atenuantes 1) Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

También es resaltar, los efectos beneficiosos de la atenuante del apartado 9: "La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito.."

¹⁰⁰ Tema que ya ha sido tratado al hablar de los sujetos (epígrafe II de éste capítulo) y con más amplitud al cap. V

CAPITULO QUINTO

JUICIO DE CULPABILIDAD

JUICIO DE CULPABILIDAD:

VON LISZT distinguió la Antijuricidad de la Culpabilidad, definiendo la primera, como un "juicio despersonalizado" de desaprobación sobre el hecho; mientras que a la vez, apuntó la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor.

En un principio, la naturaleza de la culpabilidad estaba basada en una concepción "psicológica" [1].

Posteriormente a partir de FRANK (1907), se empezó a adoptar una concepción "normativa" de la misma, ya que se hizo necesario extender su definición, al objeto de que hubiese cabida en ella el concepto de la imputabilidad; añadiéndose a continuación, el concepto de la exigibilidad.

Esta última concepción (la normativa), esta basada en el "libre albedrío", la cual es la que actualmente goza de una mayor aceptación doctrinal; aunque como indica OCTAVIO DE TOLEDO [2], existe un importante sector de la corriente finalista (WELZEL, ENGELSCH, GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE, etc.), que ponen de relieve la indemostrabilidad de la existencia de tal libre albedrío, si bien admiten que éste lo posee el individuo, "no es factible comprobar si en el caso concreto se utilizó o no".

Tal tesis alternativa a la tradicional, reclama una construcción diferente de la teoría jurídica del delito, ya que la concepción normativa de la culpabilidad, según ellos, se muestra insuficiente para justificar la imposición de una pena, aportando para ello, el llamado "principio de necesidad de la pena" [3].

¹ VON LISZT la definió como nexo entre el saber y el querer del autor con el hecho típico realizado.

² Emilio Octavio de Toledo y Obieto y Susasa Huerta Tocildo: "Derecho Penal, parte general, editorial Rafael Castellanos, página 288 (edt. 2)

³ Su percursor en España es GIMBERNAT; dicho autor se apoya en las teorías psicologicistas del delincuente, distinguiendo entre los ciudadanos "normales" y "no normales".

Entendiendo que entre los normales si tienen efecto las penas, no así entre los no normales, por lo que en ellos debe de renunciarse a la pena debido a su escasa motivabilidad.

En resumen y en palabras de OCTAVIO DE TOLEDO: "La explicación de la imputabilidad de ciertos sujetos (inimputables o incurso en error invencible de prohibición) cuando realizan conductas típicas y antijurídicas debe de verse en la falta de

necesidad (por razones preventivas) de imponerles una pena y no en su inculpabilidad (indemostrable en cuanto basada en la idea del libre albedrío). A tenor, pues, de este criterio: 1) Hay que prescindir de la idea de culpabilidad como fundamento de la pena, dada la insuficiencia de base (la libertad de la voluntad, estimada no demostrable) sobre la que se asienta; 2) El único fundamento de la pena a imponer por la realización de un hecho típico y antijurídico es la necesidad para el cumplimiento de los fines preventivos a que está preordenada; y 3) Correlativamente, fundamento único de la impunidad de los casos tradicionalmente identificados con la 'ausencia de culpabilidad', es la no necesidad de la pena a los indicados fines, lo que implica la redefinición de la imputabilidad (así como su ausencia) y del error de prohibición a la luz de este nuevo fundamento".

A dichos planteamientos se han formulados varias objeciones Emilio Octavio de Toledo y Ubieta; *idem*; pág. 293 y siguientes.

La idea de la concepción normativa, se basa en la capacidad del individuo para comportarse de un modo distinto a como se comportó, es decir, que posee libertad y raciocinio para distinguir y elegir un comportamiento bueno de entre uno malo; de lo justo, entre lo injusto; de lo legal, de lo ilegal.

En consecuencia, le será exigible al individuo una conducta conforme a Derecho, pues en caso contrario, será culpable si su comportamiento es antijurídico y está tipificado como delito [4]; salvo que en relación con el delito de que se trate, exista una condición objetiva de inimputabilidad, error invencible de prohibición o cualquier causa de exculpación, o como en el caso de art. 563 bis-5, una excusa absolutoria [5].

Según ANTON ONECA, citando a MEZGER [6], la culpabilidad consta: "De un estado o capacidad del sujeto (condiciones de imputabilidad); de una actuación anímica en relación con la acción antijurídica (dolo y culpa); y de la ausencia de causas de inculpabilidad". Formando con ello un juicio de reproche.

Siguiendo al mismo autor: "El delito es en primer término conducta externa del hombre, valorada por el orden jurídico como contraria al mismo (elemento objetivo del delito). Pero sólo cuando esa acción externa corresponde a una actuación interna que el orden jurídico desapruueba, declaramos al sujeto culpable (elemento subjetivo del delito)".

* Recuérdese el art. 1 C.P.: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley", es decir, no hay pena sin culpabilidad

²Según se verá con mayor amplitud en el capítulo VI.

⁶ José Antón Oneca: "Derecho Penal", página 211 ed. 2

Según señalan los profesores COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON [7] la "Culpabilidad es el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico".

"El objeto del reproche de la culpabilidad, está solamente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico materializado en el hecho cometido".

El reproche **se fundamenta** en no haber actuado de una forma distinta a como se actuó al cometer un hecho antijurídico (delito), es decir, cuando se haya podido actuar de un modo conforme al deber exigible.

Según dichos autores, el núcleo de la culpabilidad "se halla pues en la infracción de las obligaciones personales dinámicas de la norma del deber. La existencia de un deber se halla conceptualmente vinculada a su exigibilidad. Y para que algo pueda ser exigido a un sujeto particular, es necesario en primer lugar, que pueda exigirse a cualquiera que se halle en idénticas circunstancias; y en segundo, que el sujeto en cuestión sea capaz personalmente de llevarlo a cabo" [8].

En resumen, el fundamento de la culpabilidad se encuentra en el libre albedrío: "Se es culpable de una infracción en tanto en cuanto quepa presuponer que pudo haberse evitado".

La estructura del "juicio de culpabilidad", indudablemente estará condicionada por la concepción que se tenga del tipo y la antijuricidad [9], según la corriente doctrinal que se elija o de la formación recibida.

En este trabajo, y siguiendo la corriente neoclásica, el **juicio de culpabilidad** queda estructurado por la imputabilidad (o capacidad de culpabilidad); por las Formas de Culpabilidad (dolo y culpa); y por la Exigibilidad.

En cuanto a la culpabilidad aplicada a las figuras delictivas del art. 563 bis-b, como veremos en este capítulo, por una parte estas no siempre están bien definidas, al no haber

7 MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTON: *Derecho Penal (Parte General)*; editorial Tirant Lo Blanc; pág. 395

8 RODRIGUEZ DE VESA definió la culpabilidad en parecidas palabras: "Actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir, el que pudo abstenerse de realizar la acción típicamente antijurídica".

9 Vistos en el capítulo anterior.

unanimidad sobre la naturaleza jurídica del tipo, ser delito de mera actividad o de resultado (tal como se vió en el capítulo anterior); y por otra, porque la intracción del deber de cuidado y la imputación del resultado, no siempre serán exigible al autor de la acción, pues el reproble o juicio de culpabilidad, sólo podrá sostenerse por la vía del dolo, no por la culpa, ya que por ésta en general no existirá base suficiente para la imputación.

1) LA IMPUTABILIDAD DEL DELITO

En nuestro actual Código Penal, no se define lo que ha de entenderse por imputabilidad. Una vez más ha sido la doctrina la que ha llenado esta laguna; así tenemos por ejemplo las definiciones de:

MEZGER definió la imputabilidad diciendo: "Es imputable el que posee al tiempo de la acción las propiedades personales exigibles para la imputación a título de culpabilidad"

MAURACH, nos decía: "Es imputable el autor que gracias a su desarrollo moral-espiritual, es capaz de comprender lo ilícito de su acción, y de actuar conforme a este conocimiento".

En la actualidad y dentro de nuestra doctrina nacional, tenemos a SAINZ CANTERO [10], para el cual la imputabilidad es: "La capacidad del hombre de actuar culpablemente, esto es, para realizar la acción típica y antijurídica, con dolo o culpa...".

Para los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN [11] la imputabilidad es: "El conjunto de requisitos psicobiológicos, exigidos por la legislación penal vigente, que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y de actuar en sus términos requeridos por el ordenamiento jurídico".

Como señala MIR PUIG [12] la imputabilidad requiere de dos elementos: 1) la capacidad de comprender lo injusto del hecho; 2) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento. Efectivamente, la imputabilidad es entender o conocer lo injusto, y además quererlo.

Aunque es importante no confundirla con la "capacidad de

¹⁰ José A. Sainz Cantero, idem, libro III, pág. 29

¹¹ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 390

¹² Santiago Mir Puig; idem; pág. 596

acción", ya que ésta, en nuestro ordenamiento jurídico también se la atribuye a los inimputables [13].

En consecuencia, el fundamento de la imputabilidad está en la propia culpabilidad, es decir, en la capacidad y libertad del ser humano de elegir entre el bien o el mal, o sea, de su "libre albedío", tal y como comentaba al principio del capítulo al hablar de la concepción normativa de la culpabilidad.

Según OCTAVIO TOLEDO [14], estudiando el art. 8 en sus apartados 1, 2 y 3, a contrario sensu, se pueden extraer cuales son las condiciones del "imputable": a) el ser mayor de 16 años; b) que no se tenga alterada de forma grave la conciencia de la realidad de las cosas (por sufrir alteración de la percepción desde el nacimiento o la infancia); c) y que no este enajenado, ni se halle en situación de trastorno mental transitorio, no habiendo sido buscados con el propósito de delinquir.

Por otra parte, y tal como señala la doctrina, existen casos en los que el autor en el momento de realizar la acción, ésta no se le puede imputar, pero si en cambio en un actuar precedente, formando lo que se conocen como las "actiones liberae in causa" [15], siendo las mismas punibles.

Como puede observarse, la imputabilidad es imprescindible para que el delito surja efecto en el mundo jurídico, pues en caso contrario, nos encontraremos ante delitos impunes por falta de autor conocido; o en los supuestos de inimputabilidad, donde se exime la responsabilidad penal.

En consecuencia, como indican los profesores OSO DEL ROSAL y VIVES ANTON [16]: "Sin imputabilidad no podrá hablarse de culpabilidad, ni tampoco de pena".

Para las figuras delictivas del art. 563 bis-b, la imputabilidad será algo a determinar según las circunstancias concretas de cada caso, ya que la ley sólo nos especifica como elemento personal en sus apartados primero; segundo; y tercero: "el que librare"; "el que retirase"; y "el tomador".

¹³ Estados personales que con arreglo a la ley, se excluye la responsabilidad criminal, por ejemplo el art. 8 C. Penal

¹⁴ Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, idem, pág. 336

¹⁵ MAURACH las definía así: "El propio sujeto, tras impulsar con capacidad de conocimiento y determinación la causalidad, se sirve de su persona como de un instrumento". En estos casos se retrotrae el momento de la imputabilidad.

¹⁶ Idem; página 423

Si se admite que el delito de cheque en descubierto es un delito de mera actividad, la realización material de los actos corporales de los elementos objetivos del tipo (vistos en el capítulo anterior) por parte del sujeto, implicará en un principio la imputación objetiva del mismo a su autor. Digo en un principio, porque si en los delitos de resultado se admite que en una conducta pueda no ser previsible ex ante que ésta cause un resultado determinado, también puede suceder que en los delitos de mera actividad, el sujeto, en este caso el librador y tomador, puedan extender o negociar un cheque que en aquel momento no sepan que sea en descubierto, con lo cual la imputabilidad estará basada en las propias formas y supuestos de ausencia de culpabilidad que se admitan en dicho delito.

En cambio, si se admite que el delito de cheque en descubierto es un delito de resultado, dicho resultado será imputado al sujeto de la conducta típica en cuestión (librador / tomador), si se cumplen sobre él tres condiciones: 1) relación de causalidad; 2) relación de riesgo; y relación de autoría [17].

Ahora bien, en mi opinión, en el caso del delito del 563 bis-b,1 existen dos momentos vitales: el de la "acción de librar", y el "causante del delito", pues muchos cheques son pagados por los librados sin haber fondos suficientes.

Tal como afirma CUELLO CALÓN: "El momento decisivo, el de la real efectividad del delito, es el de su presentación", siempre que sea devuelto o quede impagado el cheque [18]; ya que en muchas ocasiones ésto (el delito) no será imputable al librador, al no cumplirse sobre él algunas de las formas de culpabilidad y/o la exigibilidad que se tipifican en dicho artículo.

1) Supuestos de Inimputabilidad.

Los supuestos que se exponen a continuación, son apreciaciones "objetivas" de la inimputabilidad en el delito en general, por lo que no caben muchas argumentaciones en lo que respecta a su apreciación en relación con el delito del cheque en descubierto, pero si conviene conocerlos adecuadamente, para saber a partir de donde empieza a actuar la ley, o por si alguien pudiera esgrimirlos indebidamente en su defensa o acusación del librador y tomador, burlando así un derecho fundamental como es el principio de legalidad.

La doctrina entiende que son supuestos de inimputabilidad,

¹⁷ SANTIAGO MIR PUIG; ídem; páginas 229 y siguientes

¹⁸ En igual sentido A. MAJADA.

las eximentes de los aparts. 1, 2 y 3 del art. 8 Cód. Penal. [19]

-En el párrafo 1) se dice: "El enajenado, y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir".

Para SAINZ CANTERO, la enajenación mental es "la plena perturbación de las facultades intelectivas (de conocer el significado antijurídico de la conducta) o volutivos (orientar la propia actividad conforme a ese conocimiento) de cierta permanencia y cierta intensidad".

Sin embargo RODRIGUEZ DE VESA opina, que "para la ley penal no es la falta de inteligencia o de voluntad, lo que decide sobre la inimputabilidad, sino la presencia de determinado género de dificultades de control del comportamiento por parte del sujeto. Otra cosa es la falta de acción".

En nuestra opinión la discusión se hace estéril, pues como dice el profesor COBO DEL ROSAL: "El enajenado no es dueño de sí mismo, por lo cual no tiene capacidad para elegir su acción y en consecuencia ésta (sea racional o irracional) no se le podrá imputar".

En consecuencia, el simple hecho de extender cheque sin fondos, por muy desfasado que esté del saldo real bancario, no es de por sí sólo un síntoma de estar enajenado; la enajenación es algo más profundo y que afecta a todo el comportamiento del sujeto en general, por lo que para valorarlo como una causa eficaz de inimputabilidad, habrá que efectuar un estudio de la personalidad del sujeto, a fin de saber bajo qué clase de enajenación se halla

La enajenación mental comprende las siguientes clases: psicosis; oligofrenias; neurosis; y psicopatías.

Cada uno de éstos grupos y sus subgrupos, presenta un cuadro clínico determinado [20], por consiguiente afectan de diferente forma y grado a la conciencia, a la voluntad, y al libre albedrío de cada individuo (a su entender y querer). En consecuencia, la jurisprudencia les ha aplicado un tratamiento legal a cada uno de ellos en relación a su importancia.

¹⁹ En igual sentido se expresa el Borrador Octubre 90 del Nuevo Cód. Penal en su art. 19, añadiendo en su apart. 2: "El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos..."

²⁰ Cuyo estudio queda fuera de nuestro objetivo.

A las **psicosis** el Tribunal Supremo si las considera como enfermedades mentales (Sentencia 22-12-84), en especial la esquizofrenia, por lo cual se les aplica la eximente del art. 8,1 del C. Penal que eliminan la imputabilidad (TS.15-11-69/ 2-11-79).

Las **oligofrenias** como ya se sabe, pueden ser de tres niveles: idiocia, imbecilidad y debilidad mental, las cuales tienen en común denominador un déficit de las capacidades intelectuales [21].

Según apuntan COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON [22]: "La jurisprudencia aplica la eximente primera del art. 8 en los casos de idiocia e imbecilidad, y hace uso de la eximente incompleta, o de la atenuante analógica, en los de debilidad mental" [23].

La **neurosis** no es considerada como una enfermedad mental propiamente dicha, según lo recoge el profesor SERRANO en las sentencias del Tribunal Supremo de 2-6-80 y 19-12-83 [24]. Si en cambio puede ser apreciada como una eximente incompleta del art. 9,1 C.P. (ver Sentencia T.S. 29-10-60, 29-2-88 y 15-3-88 etc.)

Las **psicopatías** tampoco son consideradas como enfermedades mentales bajo el punto de vista legal. En algunas ocasiones van unidas a otras anormalidades psíquicas, pudiéndose tener en cuenta por analogía como una atenuante. S.T.S. 1-7-86 y 20-5-87

Un problema de especial relieve para nuestro delito, se puede presentar en el **trastorno mental transitorio** [25], en cuanto es una perturbación mental pasajera, producto de algún

²¹ Según señala S. MIR PUIG; *idem*; pág. 607: "Si la normalidad se establece entre 90 y 110, la debilidad mental comprenderá 50 y 80; la imbecilidad entre 25 y 50; y la idiocia a los inferiores de 25 % de coeficiente intelectual"

²² *Idem*, pág. 428

²³ Ver S.T.S.: 6-12-82; 25-3-80 y 10-3-84 entre otras

²⁴ ALFONSO SERRANO GOMEZ: *Enfermedad Mental y T.M.T.*; en Boletín de la UNED

²⁵ Según S.T.S. 18-6-75, 26-1-84 y 15-1-86 debe constar de:
 a) Pérdida total o muy intensa de las facultades intelectivas y volitivas, anulación del libre albedrío, privación de la razón y voluntad conciente, privación de la capacidad de raciocinio y de la libertad de la voluntad.
 b) De aparición brusca.
 c) De duración no muy extensa.
 d) Se cura sin dejar secuelas.

agente externo, de brusca y fugaz aparición, que desaparece sin dejar huella patológica del desequilibrio habido.

Como indica el profesor MIR PUIG [26], se diferencia de la enajenación por su transitoriedad y por deberse a causa exógenas.

Entre las causas exógenas, tiene un especial relieve las producidas por la embriaguez, tanto la letárgica, plena o semiplena. Las dos primeras excluyen la imputabilidad y la tercera la disminuye [27]. Como por la drogadicción, la cual para que pueda apreciarse como eximente, requiere que sus efectos sobre las facultades volitivas sean tan acreditados como los hechos mismos que integran el tipo delictivo (STS. 27-3-87).

En cuanto al delito de cheque en descubierto, es obvio que el "borracho" o el "drogado" no estarán en condiciones óptimas para extender dichos documentos, ni mucho menos para saber si los extiende con fondos o sin ellos; aunque si puedan influir en el sujeto los estados de "simple excitación" producidos por agentes externos, pero para efectos penales de la imputabilidad son irrelevantes. Por lo que para apreciarlos habrá que estarse en cada caso a sus circunstancias propias y probadas.

Al igual que en el trastorno mental transitorio, pues para apreciarse habrá que ajustarse a los criterios jurisprudenciales que señala la sentecia del T. S. de 27-10-80, por ejemplo.

La tendencia psiquiatrica actual, se inclina por no considerar más trastorno mental transitorio que aquél que sea comprobable y verificado clinicamente, pues de dicha causa de privación de la capacidad intelectual y volitiva se esta abusando mucho, siendo un recurso penal para aminorar las penas de los autores de delitos, uno de ellos puede ser el del art. 563 bis-b.

-El párrafo 2) dice: "El menor de 16 años".

Según la opinión del profesor SERRANO [28], el criterio cronológico utilizado es puramente arbitrario, igualmente hubiese podido ser a los 14, 18 ó 21 años.

En referencia al cheque en descubierto, habremos de remitirnos a la Ley Mercantil y Civil para saber quienes pueden extender cheques o no.

26 Idem, páginas 623 y siguientes

27 Ver sentencias T.S. 20-5-86 y 7-4-88

28 Alfonso Serrano Gómez: "La Edad Penal", revista Política Española 5/69.

En el art. 4 del Cód. de Comercio se dice: "Tendrá capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan libre disposición de sus bienes".

Siendo el art. 5 del mismo cuerpo legal quien dice: "Los menores de 18 años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores...".

Las restricciones de la capacidad de obrar se citan en el art. 32 del Cód. Civil, y son: "La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción.."

Por consiguientes dichas personas no podrán ser sujetos activos [29] del delito de cheque en descubierto.

Pero recuérdese que la emancipación puede concederse a partir de los 16 años (art. 317 Cód. Civil) y con ella se "habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor...con algunas limitaciones (art. 323 C. Civil).

Con lo cual los Bancos y Cajas permiten a los emancipados abrir y disponer de sus fondos en cuentas corrientes, y por consiguiente por medio de cheques, por lo que si se puede producir este delito en un mayor de 16 años.

Por otra parte, las causas de inimputabilidad sobrevenidas con posterioridad al delito, no excluyen la culpabilidad, ni por consiguiente la responsabilidad criminal.

-En el párrafo 3) se expone: "El que por sufrir alteración en la percepción [30] desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

Como es natural estas personas, al igual que los enajenado y

²⁹ Ver concepto en capítulo III, epígrafe. II)

³⁰ Para CARMONA, la alteración grave de la conciencia de la realidad quiere decir: "efecto o alteración de la capacidad del conocimiento y valoración del injusto, que culmina definitivamente en una anormal capacidad de autodeterminación de quien la padece".

Según MENGUAL, el efecto psicológico es el mismo que en la enajenación mental. También critica el distanciamiento entre el C. Penal y la ciencia médica cuando utilizan sus nomenclaturas, ya que dentro de ésta eximente hubiesen podido abarcarse una serie de alteraciones de la percepción (como alcoholismo, alucinógenos y orgánicas) que nada tienen que ver con la derogada sordomudez que careciese de instrucción, pues con la reforma se ha suprimido la forma (sordomudo), pero no el fondo (desde el nacimiento o desde la infancia)

los incapaces, no podrán ser sujetos activos del delito de cheque en descubierto, al no tener capacidad de obrar para controlar sus actos, ni siquiera algunos no tendrán conciencia de la realidad de las cosas, y mucho menos de saber lo que es un cheque, su función económica, su problemática legal, etc. Por lo que sus acciones no obligarán en las relaciones cambiarias (art 116 LUCH)

II) ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL ART. 563 BIS-B

Como ya he mencionado al principio del capítulo, son los que componen el segundo elemento de la culpabilidad.

No es suficiente la mera imputabilidad de un hecho al sujeto, es necesario además, que el sujeto haya actuado dolosa o culposamente según reza el art. 1,1 del Cód. Penal [³¹].

Tal como indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON: [³²] "Las formas de culpabilidad analizan, en definitiva, la relación existente entre el autor y el hecho por él realizado".

Con la derogación del antiguo art. 535 bis del texto de 1.963, y la redacción del nuevo art. 563 bis-b de la Ley 15-11-71, se quiso desligar definitivamente este tipo delictivo de las defraudaciones [³³], el cual cerraba el paso a la modalidad de comisión culposa, es decir, en aquel caso solo podía existir la forma dolosa.

No así en el nuevo artículo, que a pesar de la exposición de motivos de la Ley del 71 [³⁴], y la argumentación que aportaré más adelante, es admitida por la mayoría de la doctrina y la

³¹ Si bien después de la reforma de 1983 del Cód. Penal, se da reconocimiento a una tercera forma, que ya la doctrina sostenía, la preterintencionalidad (art. 9,4 CP.)

³² Idem, pág. 441

³³ Según Tomás Salvador Vives Antón y otros: "La naturaleza defraudatoria del delito no ha desaparecido. Y la culpa es incompatible con la idea de fraude".

³⁴ Según Miguel Bajo Fernandez, idem, pág. 385; "En la Exposición de Motivos de la Ley 15-11-71, se dice que con el nuevo precepto 'se cierra el paso a la posibilidad de la comisión culposa de este delito', en el sentido de que siempre habrá de calificarse el hecho como delito doloso, lo que no resultó cierto". Postura corroborada por las S.T.S. 5-4-74 y 9-5-85

jurisprudencia la comisión culposa en los apartados 1 y 2 del art. 563 bis-b, ya que el bien jurídico que ahora se pretende proteger es, la seguridad del tráfico jurídico mercantil.

Al respecto opina MAJADA [35] que: "El delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos contiene un tipo doloso, pues art. 563 bis-b-1, no enuncia ninguna de las características que son propias de la culpa".

En mi opinión, en el art. 563 bis-b se contiene la modalidad **dolosa** de forma "expresa", en el apartado 3, y de forma llamémosle "tácita", en los apartados 1 y 2.

Referente a la modalidad **culposa**, la doctrina mayormente entiende que es admisible en dichos apartados 1 y 2, en base al art. 565, no así en el apartado 3 del 563 bis-b.

De esta forma lo viene confirmando la jurisprudencia del T.S. en numerosas sentencias [36]; en consecuencia, ahora en el libramiento de cheque en descubierto, se admiten ambas formas de culpabilidad.

Personalmente considero que después de la última reforma del año 89, y la proclamación del principio de intervención mínima, dicho artículo 565 ha perdido gran parte de su función de "cajón de sastre", donde se incriminaba por defecto a todos los delitos en su forma culposa.

Actualmente el art. 565, sólo abarca la incriminación de los delitos cometidos por imprudencia temeraria o culpa lata [37].

Siendo además la tendencia contemporánea, la de ir delimitando la culpa a los delitos concretos en la parte especial del derecho Penal [38].

Conviene aclarar, que la imprudencia simple de los arts. 586 bis y 600 no es aplicable al delito del art. 563 bis-b, ya que el

³⁵ Arturo Majada, idem, pág. 288

³⁶ Sentencias T.S.: 2 y 29-11-74; 27-2, 12-4, 8-10, 9-12-75; 22-6, 2-10-76; 21-5, 15-11-77; 10-4-80; etc.

³⁷ Excepto si se trata de daños en las cosas que no exceda de la cuantía del Seguro Obligatorio (art. 563)

³⁸ Artículo 11 del Borrador Octubre 1.990 del Nuevo Código Penal: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".

mismo no esta tipificado como falta [39], tanto contra las personas como contra la propiedad.

En nuestra opinión, la regulación del cheque en descubierto con el actual texto, a pesar de la última reforma de 3/89, (además de las razones que hemos visto hasta aquí), no deja de producir en la praxis una serie de injusticias y excesos, al incriminarse la forma culposa en los apartados 1 y 2 del art. 563 bis-b; además de aplicarse de una manera muy restrictiva la ausencia de formas de la culpabilidad, como son el error y el caso fortuito en sus diversas modalidades.

Pero analizemos por partes, cuales son estas formas de culpabilidad:

1) El Dolo.

Ya en el derecho Romano, para su efectividad se le suponían o requerían al dolo dos componentes: "el conocimiento y la voluntariedad".

Efectivamente, según la doctrina causalista clásica el dolo es: "consciencia y voluntad de la realización del injusto típico" [40], formando el llamado "dolus malus".

Sin embargo, actualmente existe la corriente doctrinal llamada finalista, por la cual el concepto de dolo se restringue al "dolo natural", por el cual solamente hace falta "el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica" [41].

Nuestro Código Penal no utilizó el concepto de dolo, hasta la reforma de 1983, aunque sin precisar el contenido del mismo; por lo cual hemos de basarnos en la jurisprudencia [42] y la doctrina para saber su significado y alcance.

MEZGER lo definió así: "Actua dolosamente el que conoce las

³⁹ En este sentido se manifiesta el profesor M. Bajo Fernández, *idem*, pág. 385

⁴⁰ Ver sentencia del T.S. del 20-4-85, sobre la inclusión de la conciencia de la ilicitud en el dolo.

⁴¹ Ver SANTIAGO MIR PUIG; Derecho Penal (parte general) editorial PPU 1.990; páginas 255 y siguientes

⁴² Ver entre otras las sentencias del T.S.: 22-1-87; 24-9-85; 30-6-88.

circunstancias de hecho y la significación de su acción y ha admitido en su voluntad el resultado".

Según JESCHECK: [43] "El dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, y el error de tipo la falta de este conocimiento total o parcial".

Para MAURACH el dolo consiste: "En el conocer y el querer los elementos del tipo objetivo [44] [45].

Por su parte ANTON ONECA [46], definió el elemento intelectual diciendo: "el sujeto debe conocer los hechos esenciales de la figura de delito", es decir, que el sujeto "conozca" no solamente los supuestos fácticos que exige la norma penal, sino también el significado de su antijuricidad, no formal, pero si material.

Como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [47]: "El conocimiento de los hechos requerido por el dolo, exige un conocimiento actual de las circunstancias descritas por el tipo legal existentes al tiempo de la acción".

Según dichos autores, en el elemento volitivo [48], los hechos también han de ser "queridos" por el sujeto, o sea, aceptando los hechos con sus resultados y consecuencias [49].

En cuanto a las clases de dolo, no existe unanimidad a la hora de colocar etiquetas, aunque la distinción que goza de una mayor aceptación, es la de entre dolo directo y dolo eventual.

Siguiendo las definiciones de los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [50], es dolo directo de primer grado (querido), lo

43 Hans-Heinrich Jescheck, idem, pág. 415

44 Posición también defendida CORBODA RODA

45 En la misma línea RODRIGUEZ DEVESA: "Actúa dolosamente el que sabe lo que hace y quiere hacerlo".

46 José Antón Oneca, idem, pág. 222

47 M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 416

48 Para SAINZ CANTERO este elemento comprende "el desear la acción y el resultado".

49 Como lo indica MIR PUIG en su obra citada, estos autores ya no contraponen el conocimiento del tipo y el de la prohibición

50 M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 417

que el autor ha "perseguido" con su acción; mientras que el dolo directo, de segundo grado, también querido, es lo que el sujeto ha "aceptado" como una consecuencia necesaria de su conducta.

El dolo eventual, es cuando al sujeto se le representan como "probables" las consecuencias de su actuar, y a pesar de ello, sigue con su acción asumiendo el resultado.

Para ANTON UNECA ^[51] el dolo directo comprende dos modalidades: 1) "El resultado es el fin que el agente se proponía". 2) "El resultado no es el que el agente se proponía conseguir, pero en su representación aparece como necesariamente unido a aquél" ^[52].

En cambio el dolo eventual para tal autor es: "La voluntad que consiente o acepta el resultado criminal, 'representado' en la mente del sujeto sólo como posible" ^[53].

a) Su contenido en el art. 563 bis-b. Con la redacción del nuevo art. 563 bis-b, se pretendió desligar las defraudaciones de la tipicidad habida hasta entonces (art. 535 bis).

A pesar de que en la exposición de motivos de dicha Ley del 71, se afirmara la exclusión de la forma culposa de este delito "cuando el libramiento se hace con el fin de defraudar...".

Lo paradójico del caso fue, que en la nueva tipicidad no se mencionaba para nada dicho elemento subjetivo del injusto (defraudar), sino que al contrario, en su apartado sexto remite a "otro delito más grave".

En consecuencia, y siguiendo la doctrina neoclásica, para el delito que nos ocupa, habrá dolo, como apunta BAJO FERNANDEZ

⁵¹ José Antón Uneca, *idem*, pág. 225 y 226

⁵² Como dice el profesor QUINTERO OLIVARES, en su obra básica de Derecho Penal PG, pág. 344, al referirse al dolo indirecto o dolo de segundo grado: "Son aquellos otros resultados que deben producirse como medio necesario para alcanzar la meta deseada". Utilizando sus ejemplos: "El que vuela un coche de otro para matarlo; el que descarrila un tren para luego asaltarlo; el que incendia un casa con varios moradores con el propósito de matar a uno concreto de ellos, etc."

⁵³ En igual sentido MIR PUIG; *idem*; pág. 261. Aunque puntualiza que en el dolo directo de primer grado predomina el elemento voluntativo, y en el de segundo grado, el elemento intelectual, es decir, de conocimiento (consecuencia necesaria)

[54]: "Cuando se libra un cheque y conoce (sea por perseguir, aceptar, o considerar probable) que no existe disponibilidad en la fecha consignada en el documento".

Es decir, y atendiendo a la consideración de que el delito de cheque en descubierto es un delito de mera actividad, el dolo habrá de existir cuando se consuma la acción, o sea, al momento del libramiento, y no cuando es presentado al cobro (consumación del delito, según MAJADA). Con lo cual, los cheques impagados que en la fecha consignada en el documento si existiesen fondos, no serán delitos, lo que se contradice con la Ley Cambiaria (ar 134)

Cuestión que a nuestro entender no dejará de producir ciertas situaciones absurdas. Por ejemplo, no será delito un cheque que lleve fecha 1 de Mayo, fecha en la que si existían fondos, y al ser presentado al cobro el 2 o el día 15 del mismo mes y año [55] es impagado por falta de los mismos, al haberse producido otros cargos en la cuenta del librador.

Pero veamos con cierto detalle cada una de las clases de dolo existente, en cada uno de los apartados del art. 563 bis-b:

a,1) **Párrafo primero.** Existirá el "dolo directo de primer grado", cuando el librador persigue la realización del delito, o sea, el librar un cheque sin fondos con el conocimiento y voluntad manifiesta de cometer el injusto tipificado, lo cual nos llevará a considerar, si en este caso no existirá además algún tipo de interés subyacente en el fondo, como la estafa, la defraudación o el simple ánimo apropiación indebida.

En este tipo de dolo no habrá muchos problemas a la hora de probarlo, pues si el titular de una cuenta no ingresa fondos en la misma, o no los ha tenido nunca, o los ingresará insuficientemente, y en sus extractos bancarios a si se demuestra, no habrá duda.

En el "dolo directo de segundo grado", el librador sabe y advierte como seguro que al librar el cheque dará lugar al delito, pero aunque sin perseguir la figura del cheque sin fondos, lo acepta como una consecuencia necesaria para sus fines.

Este tipo de dolo podríamos decir, que es el propio o típico de un librador descuidado o negligente, pues antes de extender el cheque piensa en la posibilidad de no haber fondos y en consecuencia del impago, pero en cambio acepta el riesgo.

Para el caso del "dolo eventual", al librador se le

54 Miguel Bajo Fernandez, idem, pág. 384

55 La Ley Cambiaria y del Cheque del 1.985, en su art. 135 concede unos plazos para el pago de los cheques (15 20 y 60 días

Para el caso del "dolo eventual", al librador se le representa como probable o posible el resultado del delito, pero confía en que el mismo no se produzca, porque cree que el director del Banco o Caja autorizará su pago en descubierto, o bien confía en recibir algunos cubros o abonos antes de la presentación al cobro del cheque.

En éste caso al igual que la culpa consciente o imprudencia temeraria, se parte de una estructura común: a) En ninguno de ambos casos se desea el resultado de una manera voluntaria; b) Aunque en ambos el librador reconoce la posibilidad de que se produzca el delito.

a,2) **Párrafo segundo.** Para producirse el "dolo directo de primer grado", sólo será necesario que el librador retire de una forma consciente y voluntaria, los fondos de la cuenta impidiendo su pago.

Según palabras de QUINTERO OLIVARES [26]: "El emplear el gerundio 'impidiendo', no tiene especial significación respecto al contenido subjetivo de la acción".

Lo que en mi opinión es algo discutible, pues al añadir el susodicho "impidiendo su pago", se está cambiando el carácter de delito de mera actividad del apartado primero, por otra de carácter de delito de resultado en esta figura delictiva, ya que el retirar los fondos no será relevante si con ello no impide su pago, por lo cual, la acción de retirar queda relegada por el impago, que es el resultado que se censura [27].

Naturalmente y aunque el texto penal no lo diga, nos estamos refiriendo a retirar los fondos e impidiendo su pago al día de la fecha del documento, pues si en el supuesto primero se exige no librar un cheque sin fondos en la fecha expresada en el mismo; el no poderlos retirar, no puede en buena lógica exigirse que sea a perpetuidad. [28]

En referencia a "los otros casos de dolo", puede indicarse lo mismo que en el apartado anterior, pero aplicado a esta clase

²⁶ Gonzalo Quintero Olivares: "El Nuevo Delito de Cheque en Descubierto", idem, (separata), página 738 y 739.

²⁷ Ello puede ser una de las causas por las que no existe unanimidad a la otra de catalogar la naturaleza jurídica del tipo delito del 563 bis-b, pues en realidad existen tres tipos.

²⁸ Otra interpretación puede ser en base a la Ley Mercantil, ya que el art. 138 de la L.C. y CH. exige que la revocación del cheque no produce efectos hasta la expiración del plazo de presentación (15 días los emitidos y pagaderos en España).

concreta del tipo de injusto.

Sin embargo, la prueba de este segundo tipo ya será mucho más complicada, pues no siempre será el propio librador quien directamente retire los fondos de su cuenta, normalmente éstos se agotan por otros cargos habidos en la misma, incluso a veces sin ni siquiera conocerlos en un principio el propio librador, con lo que la cuestión de la imputabilidad no está muy clara.

Además y como afirman los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [59]: "En la práctica no siempre será fácil saber si el autor, al actuar, se representó las consecuencias de su acción como necesarias o, simplemente como probables".

a,3 Párrafo tercero. En éste tercer supuesto del art. 563 bis-b, el "dolo directo de primer grado" se cumplirá, si el tomador (sujeto) conoce y quiere negociar (entregar a otro) un cheque a sabiendas de su falta de cobertura.

Veamos un ejemplo, un Banco o Caja (tomador) tiene un cliente el cual presenta un saldo deudor exagerado en la sucursal en cuestión, se le prepara la inspección interna bancaria, el banquero en cuestión, pide a su cliente que le entregue un cheque de otro Banco o Caja para cubrir temporalmente el saldo deudor de su cuenta, dicho tomador lo negocia a sabienda de su falta de cobertura.

En cuanto al "dolo directo de segundo grado" [60], al tomador se le representa como necesaria las consecuencias de su forma de actuar, aún cuando no la persiga directamente, sin embargo las acepta.

Otro ejemplo, un tomador tiene en su poder un cheque de un cliente suyo, el cual advierte como seguro que no será conforme, pero para poder comprar mercancías que le hacen mucha falta, se ve en la necesidad de endosar dicho cheque a un proveedor, aceptando la posibilidad de que el mismo no sea conforme por falta de cobertura.

⁵⁹ Idem; página 449

⁶⁰ La diferencia fundamental entre el dolo directo de primer grado y el de segundo está como hemos visto, en que en aquel el sujeto persigue con su acción lo que logra (ex. colocar una bomba para matar a alguien); y en éste, el sujeto acepta el resultado como algo necesario o inevitable para conseguir otra cosa (ex. incendiar una fábrica para cobrar el seguro, pero sabe que hay operarios en aquel momento y lo más seguro es que mueran

Según entiende la mayoría de la doctrina, el "a sabiendas" presupone un especial requisito subjetivo, lo que excluye de por sí, la culpa, e incluso para algunos el dolo eventual, por encuadrarlo dentro de la imprudencia ⁽²¹⁾.

El "a sabiendas" del apartado tercero del art. 563 bis-b, puede dar pie en mi opinión a una nueva teoría, pues es más lógico y constitucional que se presuma la inocencia en los apart. primero y segundo de dicho artículo, que la imprudencia.

Cuando se describen las tres acciones del art. 563 bis-b: el librar, retirar, y entregar, para que se produzcan las mismas, es necesario que el sujeto actúe con la consciencia y voluntariedad en tales actos; en consecuencia, los tipos del injusto de dichas acciones ya llevan implícitos las formas dolosas, siendo el "a sabiendas" del final del párrafo tercero, como un calificativo de los tres tipos.

Es decir, el librar un cheque sin fondos será delito, si se sabe que no existen fondos; el retirar los fondos de un cheque será delito, si se sabe que impedirá su pago; el entregar o negociar un cheque será delito, si se sabe que previamente no existen fondos del mismo.

Como vemos y a mi juicio, "el saber" debe de ser el factor común denominador de las tres acciones; es decir, de los tres tipos, pues en caso contrario, se está presumiendo la imprudencia temeraria de una forma injusta.

De ahí el porque de mi criterio (además de las razones y argumentos que se verán al hablar de la culpa), en mantener el planteamiento de considerar que las tres tipicidades del art. 563 bis-b sólo deberían de aplicarse en su forma dolosa, a efectos de existir una adecuada política criminal en este delito, suponiendo que su tipicidad como delito autónomo sea válida en la actualidad.

2) La Culpa

En nuestro Código Penal, tampoco se define lo que es la culpa, aunque se habla de ella en varios artículos como el 565,1 (imprudencia temeraria) y el 586 bis y 600 (imprudencia o negligencia y simple imprudencia respectivamente -con infracción de reglamentos o no-); el primero referido a los delitos, y los dos últimos en referencia a las faltas.

Como señalan los profesores COBU DEL ROSAL y VIVES ANTON: "Concurre la culpa en quien realiza un hecho típicamente

²¹ RODRIGUEZ DEVESA, RODRIGUEZ MUÑOZ, FERRER SAMA, etc.

antijurídico, no intencionadamente, sino a causa de haber infringido el deber de cuidado que le era exigible" [42].

En cambio RODRIGUEZ DEVESA: "Actua culposamente, el que omite la diligencia debida".

ANTON ONECA la define: "Culpa es la voluntaria omisión de la diligencia debida para evitar un resultado antijurídico previsible".

Por su parte SAINZ CANTERO [43], nos ofrece la siguiente definición: "Actua culposamente el sujeto que sin dolo, produce un resultado típico y antijurídico, previsible y evitable, a consecuencia de haber desatendido un deber de cuidado que le era exigible" [44].

En consecuencia, son tanto la doctrina como la jurisprudencia [45], quienes nos han proporcionado unas

⁴² Idem, página 457

⁴³ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 64

⁴⁴ Según dicho autor, la culpa está formada por tres características: a) Voluntariedad de la acción; b) Infracción del deber de ciudadano; c) Resultado típico y antijurídico.

⁴⁵ Sentencias del T.S. 23-4-47; 29-1-83; 22-4-86 y la del 6-2-88 que por su importancia me permito transcribir un resumen: "Infracción de Ley. Culpa consciente y dolo eventual"

Entre el concepto de dolo, que requiere el conocimiento y voluntariedad del sujeto en la producción de un resultado antijurídico, y el de la culpa lata..., ya una zona limítrofe, de difícil diferenciación, principalmente del denominado dolo eventual, ya que ambas instituciones tienen una estructura común, pues en ninguna de ellas se desea el resultado y en ambas el agente reconoce la posibilidad de que se produzca el mismo. Entre las varias teorías que se han formulado, para su distinción, dos de ellas son las que destacan: la de la probabilidad y la del consentimiento... Para la segunda, hoy preponderante, lo que los distingue es que el agente, en el dolo eventual, consiente en la posibilidad del resultado, en definitiva, lo aprueba..., mientras que en la culpa consciente dejaría enseguida de actuar.

Ahora bien, como quiera que el asentamiento, consentimiento, o conformidad es de naturaleza interna o psíquica que se halla en lo más profundo de la intimidad del sujeto, en donde para el juzgador es de muy difícil indagación, ello habrá de probarlo o deducirlo de la actuación externa y de las manifestaciones del acto, lo que implica la introducción de una difícil cuestión probatoria cuando tal asentamiento o conformidad no ha sido exteriorizada inequívocamente. (Moner, en Selección STS)

definiciones sobre esta forma de culpabilidad.

Como puede observarse, en estas definiciones se coincide en señalar que la culpa es: **la infracción de un deber de ciudadano que es exigible**, lo cual nos remite a la propia exigibilidad

Pero realmente, en donde surge la problemática jurisprudencial [46] y doctrinal dentro de la culpa, es en la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente.

Pues en primer lugar, es difícil establecer la frondeza entre uno y otra, si bien para ello se han utilizado varias fórmulas o teorías, entre ellas: las "teorías de la probabilidad y del consentimiento" [47].; y en segundo lugar, porque según

46 Tercer considerando de la sentencia 8-10-75 del T.S.: "Así habrá dolo directo si conoce (el librador) que al ser librado el cheque no podrá ser pagado en ningún caso; pero podrá haber solo eventual o incluso mera culpa, si libra el cheque en la duda de si será o no atendido, pero aceptando el riesgo del impago en el primer supuesto o en la esperanza más o menos fundada de que el Banco atenderá el giro (culpa consciente); pues si no conoce la falta de cobertura, pero debió asegurarse de tal conocimiento en vista de las fluctuaciones de la cuenta o de otras circunstancias que hagan previsible al descubierto, es claro que entonces habremos pasado ya al supuesto normal de imprudencia o negligencia (culpa inconsciente)".

47 M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 418: "Para las teorías de la probabilidad, lo decisivo es el grado de posibilidad con que el autor se representa la producción del resultado, de modo que su conducta se estimará dolosa si se ha representado el resultado como probable, y culposa, si sólo se lo ha representado como posible".

"Para las teorías del consentimiento, la mera representación de la probabilidad del resultado, no es suficiente para calificar de dolosa la conducta del autor. El dolo requiere un momento volitivo. Y puesto que, por definición, en el dolo eventual la voluntad no se dirige al resultado como a su meta, se requiere, al menos que, a diferencia de lo que sucede en la culpa, el autor haya asumido el resultado, siquiera sea como probable".

"Ahora bien, ¿cómo determinar cuándo puede decirse que el autor ha asumido el evento y cuándo no?"

"Según el parecer de un sector doctrinal, la delimitación ha de efectuarse sobre la base de un 'juicio hipotético', acerca de lo que el autor hubiera hecho si se representase el resultado no hay como probable, sino como seguro: si, en tal caso, el autor hubiese actuado de todas maneras hay dolo, y si hubiese desistido de actuar hay culpa (teoría hipotética del consentimiento)".

mantiene la jurisprudencia [66] y la doctrina mayoritaria, la culpa ha de probarse siempre para ser apreciada [67]; incumbiendo la carga de la prueba a la parte acusadora.

Doctrinalmente se admite que la culpa y el dolo se excluyen mutuamente.

a) Su Contenido en el Cheque en Descubierto. Como ya se ha mencionado al hablar del dolo, generalmente también se admite la forma culposa en los apartados primero y segundo del art. 563 bis-b, no así en el apartado tercero.

Pero veamos a que clase de culpa nos estamos refiriendo, cuando se habla de ella en dicho artículo.

Hay un cierto consenso en determinar cuales son las clases de culpa más importantes: "Consciente" (imprudencia temeraria o culpa lata) e "Inconsciente" (imprudencia simple, negligencia o culpa leve), aunque cada autor, y la propia jurisprudencia gusta de poner sus propias etiquetas [70].

66 M. Cobo del Rosal y T.S. Vivés Antón; idem; pág. 418: "Para las teorías de la probabilidad, lo decisivo es el grado de posibilidad con que el autor se representa la producción del resultado, de modo que su conducta se estimará dolosa si se ha representado el resultado como probable, y culposa, si sólo se lo ha representado como posible".

"Para las teorías del consentimiento, la mera representación de la probabilidad del resultado, no es suficiente para calificar de dolosa la conducta del autor. El dolo requiere un momento volitivo. Y puesto que por definición, en el dolo eventual la voluntad no se dirige al resultado como a su meta, se requiere, al menos que, a diferencia de lo que sucede en la culpa, el autor haya asumido el resultado, siquiere sea como probable".

"Ahora bien ¿Cómo determinar cuando puede decirse que el autor ha asumido el evento y cuando no?".

"Según el parecer de un sector doctrinal, la delimitación ha de efectuarse sobre la base de un 'juicio hipotético', acerca de lo que el autor hubiera hecho si se representase el resultado no hay como probable, sino como seguro: si en tal caso, el autor hubiese actuado de todas maneras, hay dolo, y si hubiese desistido de actuar, hay culpa (teoría hipotética del consentimiento)".

67 Recuérdese que tradicionalmente, el dolo se consideraba implícito en los delitos del libro II del C. Penal (Quintero Olivares: Nuevo Delito del Cheque en Descubierto; idem; pág. 738)

70 Según la sentencia 18-1-82 del T.S: "Como es conocido, las infracciones culposas no se distinguen entre si, a diferencia de lo que ocurre con las dolosas, por su naturaleza y

tipicidad específica, sino por la intensidad y relevancia de la atención, diligencia cautela dejadas de observar en el obrar humano, bajo cuyo criterio el C.P. establece y sanciona dos modalidades >>con la reforma del 3/89 se suprime una<< de imprudencia delictiva en el art. 565, que completa con las simples faltas de los arts. 586 bis y 600 (también reformados).

.... Siendo criterio jurisprudencial que la imprudencia grave o temeraria se configura por la ausencia, olvido y menosprecio de las más elementales medidas de cuidado, diligencia y previsión que cualquier persona media hubiera guardado en evitación de los perjuicios causados; mientras que la denominada simple o leve solo presupone la conducta liviana no calificada por falta de atención bastante referida a un deber que cumplir, que cuando va acompañada de una clara infracción de regla o norma de obligado cumplimiento da lugar a la imprudencia antirreglamentaria"

Para ANTON ONECA [71]: "la culpa consciente es la región lindante con el dolo eventual. En una y otro, el sujeto tiene conciencia de la posibilidad del resultado; pero mientras en aquella espera que no se produzca, en éste lo acepta" (lo quiere).

Es decir, en la culpa consciente el librador del cheque aceptará el riesgo de impago como "algo posible" [72], pero no probable.

Lo mismo puede decirse del supuesto segundo del art. 563 bis-b, la retirada de fondos.

En mi opinión, esto dependerá de las circunstancias personales de cada librador y con que clase de cuenta se opere, pues no es lo mismo la cuenta de un pequeño agricultor, que la de un gran industrial; ni es lo mismo operar con una cuenta corriente sin autorización a producirse descubiertos, que una cuenta de crédito o de límite flexible; ni tampoco es lo mismo ser un buen cliente del Banco o Caja que un mal cliente, etc.

Cosa que no ocurre en la culpa inconsciente [73], pues en ésta, el librador no conoce la falta de cobertura del cheque,

⁷¹ José Antón Oneca, *idem*, pág. 244

⁷² El juego de posibilidades del tráfico bancario actualmente es casi ilimitado. Además como señaló RODRIGUEZ DEVESA "El pensamiento no delinque".

⁷³ Para ONECA, "en la culpa inconsciente el elemento intelectual es negativo: consiste en no haber previsto lo que se debía prever. La previsibilidad es el límite interior de la culpa, lo que la separa del caso fortuito".

aunque debió de asegurarse de tal situación si fuera el caso [74]

En el tipo delictivo de la materia de nuestro estudio, ya por imperativo legal no es aplicable la culpa simple o inconsciente al art. 563 bis-b, al no estar recogida la tipicidad del mismo como falta [75], y no ser aplicable la "simple imprudencia o negligencia" de los arts. 586 bis y 600, pues el nuevo art. 565 sólo se refiere a la imprudencia temeraria o culpa consciente.

Como puede observarse, en nuestro Código Penal solamente se menciona como tipos básicos de culpa: la imprudencia temeraria y la simple imprudencia o negligencia; sin embargo existe un sector doctrinal [76], el cual afirma que dentro de la imprudencia temeraria, igual se puede contener la culpa consciente como la inconsciente.

Para los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [77], la imprudencia temeraria: "consiste en la omisión de la diligencia más elemental" [78]. La cual debe de reservarse para proteger aquellas situaciones excepcionales que entrañe un grave peligro para los bienes jurídicos fundamentales, según la tendencia actual del Derecho penal del principio de mínima intervención.

En las S.T.S. 22-12-72 y 18-1-73 (por ejemplo), se indican cuales son los requisitos de la imprudencia temeraria: "La culpa más grave (lata) o imprudencia temeraria, exige la presencia de tres indispensables requisitos constituyentes. 1) La acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, realizada o dejada de ejecutar por el agente, de manera enteramente libre; 2) Que la razón de tal reproche, se deba a una grave infracción del deber objetivo de cuidado, para actuar con la debida diligencia, bien derive el deber de la imperatividad de la norma reglamentaria que imponga determinada conducta, o de la previsión racional, que normalmente sea exigible en el desenvolvimiento de la vida de relación comunitaria y que como consecuencia de la clara imprevisión produzca una situación de hondo riesgo o peligro; 3) Un resultado dañoso para las personas o los bienes, debido a una

74 Luego veremos con más detalle, la necesidad del deber de cuidado y su exigibilidad.

75 Ya el propio SUAREZ MONTES, consideraba que debían de excluirse de la culpa los supuestos particularmente leves; pag 55

76 MIR PUIG, idem, página 291

77 Idem, página 458

78 En igual sentido SAINZ CANTERO; idem, libro III, pag. 70

adecuada relación casual a dicho descuidado comportamiento." [77]

De lo cual se deduce que la imprudencia temeraria, sólo debe aplicarse a aquellas conductas u omisiones no maliciosas, que causen un grave riesgo o peligro tanto para las personas como a los bienes.

Lo que en mi opinión no creo que se produzca en el art. 563 bis-b, pues al tipificarse unas acciones que de por sí son conscientes y voluntarias, no podrán producirse por omisión; y si existe malicia estaremos frente al dolo. Y si no la ya, que interés puede tener el sujeto activo en producir este delito en base al bien jurídico que se penaliza, pues se disvincula de cualquier contenido patrimonial o sobre la propiedad.

Sobre la penalización culposa del art. 563 bis-b, jurisprudencialmente existen sentencias para todos los gustos e incluso contradictorias entre sí, como se verá más adelante, baste señalar aquí la sentencias del T.S. de 26-3-80 y 20-10-86, por la cual en la primera se admite la comisión por imprudencia al decir: "No existe obstáculo alguno para admitir que el delito de giro o libramiento de cheque en descubierto, tipificado en el núm. 1 del art. 563 bis-b, pueda ser cometido en la forma culposa, como ocurrió en el presente caso, en el que el acusado debió comprobar o cerciorarse debidamente antes de librarlo que existían fondos bastantes para hacerlo efectivo..."

En la segunda sin embargo, se apunta sólo la comisión dolosa, al decir: "Este Tribunal en resoluciones cuya cita sería prolija, y los autos de 10-7-81, 20-12-84, 21-10 y 13-12-85 pueden servir de ejemplo, ha declarado que en los delitos de cheque en descubierto, puesto que se trata de infracciones de mera actividad, cuya perfección o consumación se produce tan pronto el agente da o entrega al tomador el efecto con la conciencia de carecer de fondos suficientes en poder del librado para que se atienda...."

Como se ha podido observar, en las anteriores definiciones, y siguiendo la "concepción normativa", según indican los profesores CUBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [80], lo esencial en la estructura de la culpa es: 1) La infracción del deber de cuidado que personalmente sea exigible; y 2) La imputación del resultado al sujeto.

a, 1) **Infracción del deber de cuidado.** En este apartado vamos a tratar de profundizar, en la problemática doctrinal sobre la

77 En igual dirección las S.T.S. 30-5-75; 17-5-80; 30-4-82

80 M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *idem*, pag. 427/29

naturaleza del deber de ciudadano que es exigible [81].

Siguiendo a COBU DEL ROSAL y VIVES ANTON [82], hay que distinguir entre un deber **objetivo** de cuidado, que en sus propias palabras, éste: "Atiende fundamentalmente a la acción, y hace referencia a la cautela externa que cabe exigir generalmente en el tráfico para ejecutarla, atendidas sus peculiaridades y peligros".

Y un deber **subjetivo**, el cual: "Atiende a las peculiaridades del autor, y existirá siempre que a éste se le pueda exigir personalmente, a la vista de su particular capacidad, lo objetivamente debido".

Si bien existe un cierto consenso en cuanto a la pertenencia de ese "deber subjetivo" dentro de la culpabilidad, no es así en lo referente al del "deber objetivo", ya que un sector doctrinal [83] ha pretendido estudiar este deber objetivo de cuidado dentro de la antigüedad, es decir, del injusto.

En cambio, para los que creen que dicho "deber objetivo" pertenece también a la culpabilidad, le otorgan una función de "límite", ya que: "si el autor ha observado el cuidado generalmente exigible, se renuncia a reprocharle personalmente el hecho" [84].

En consecuencia en el modelo normativo, el deber de cuidado expuesto, será un instrumento auxiliar para el juicio de reproche que es la culpabilidad.

En las figuras delictivas del artículo 563 bis-b, el "deber subjetivo" no está tan claro, pues se acentúan considerablemente las peculiaridades y capacidades de cada librador, que va en función del tipo de cuenta con que se opere, y ello dependerá de la entidad bancaria en la que sea el sujeto cliente (librador), pues no existe un solo tipo de cuenta en los Bancos y Cajas, sino que dentro de cada entidad bancaria se ofrecen una gran variedad de las mismas, las cuales tienen una forma particular de operar, al igual que dentro de cada clase de entidad existen diferencias particulares entre cada una de ellas, en función de la relación concreta de cada cliente y el personal directivo de la sucursal

⁸¹ Lo que ENGISCH y VON HIPPEL llamaron cuidado externo objetivamente debido, y el cuidado interno, subjetivamente posible.

⁸² Idem; página 459

⁸³ JUAN CORDOBA RODA: Culpabilidad y Pena; editorial Bosch

⁸⁴ Lo cual se verá con detalle al tratar la Exigibilidad

en cuestión. Por lo cual, el tema de las peculiaridades del librador, van tanto en función de él como del librado.

En cuanto a lo objetivamente debido ("deber objetivo"), o sea, a las cuatelas externas que caben generalmente exigirse para librar un cheque o retirar los fondos de una cuenta, como ya se ha mencionado anteriormente, no existen reglas fijas que sean válidas, pues ello dependerán también del tipo de cliente y en la confianza que se le tenga en la entidad Bancaria con la que opere, ya que lo habitual es la falta de cuidado o previsión.

Ya que si objetivamente y en un plano teórico, se estableciera un mecanismo de control para librar cheques los clientes, el mismo se devendría inútil, por la propia naturaleza del tráfico bancario y mercantil. Veámoslo.

Lo correcto cuando se extienda un cheque sería, preguntar al librador (cliente) al librado (Banco o Caja) el saldo disponible de su cuenta, para saber certeramente si el mismo se libra con fondos o no, pero dicha pregunta, además de lo problemático de ello [22], deviene como ineficaz, ya que si a las 9 h. puede haber saldo acreedor o disponibilidad en la cuenta, a las 10 h. puede ser que ya no existan, por haberse producido otros cargos en la misma como recibos, domiciliaciones, tarjetas, etc.etc.

Otra posible fórmula es, que el librador cada vez que extienda un cheque, pidiera al propio librado que le diera su conformidad, y que le hiciera una retención o cargo en su saldo por dicho cheque. Esto es lo que se conoce con el nombre de "cheque garantizados", fórmula que por lo general no suele emplearse, por no ser operativa y por el coste de comisiones que le representa al librador, ya que por dicho servicio también puede cobrar el librado. Por ello la mecánica bancaria no es así.

El librador por lo general no pregunta su saldo al extender un cheque, son los tomadores quienes en caso de duda, llaman al librado preguntando sobre la conformidad o no del mismo.

Siendo así como se acepta y se considera socialmente adecuado el extender un cheque, por lo que el deber objetivo de cuidado a la hora de extenderlo, no puede exigir en este caso, más de lo que socialmente se asume como un riesgo normal.

En consecuencia, el deber objetivo de cuidado hay que considerarlo como un límite a ciertas conductas personales.

22 El tener que estar llamando constantemente en las cuentas de mucho movimiento (cargos y abonos); los problemas de comunicación telefónica o de desplazamiento que a veces existen; la propia seguridad del secreto bancario; etc. etc.

¿Pero cual es ése límite? ¿Como lo hallaremos?. Siguiendo los razonamientos de los profesores CUBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, para saberlo bastará con ver si el individuo ha infringido el cuidado exigible o no [86], a un buen número de supuestos similares, y comparando si ha quedado por encima o por debajo de lo normalmente exigible (en general o en mayoría), con ello se verá si la conducta es reproachable o no.

En conclusión, algunos comportamientos individuales dentro de la vida social en que nos movemos, de por si exigen la asunción de ciertos riesgos, y aunque no se especifiquen cuales son en concreto [87]. En el caso del delito del cheque en descubierto, su incriminación en la forma culposa no tiene razón de ser, pues si el librador ha observado el cuidado generalmente exigible, se renunciará a reprocharle personalmente el hecho.

a,2) **Imputación del resultado.** Como hemos visto al hablar de la imputabilidad, para que el resultado de un hecho pueda surgir efecto en el mundo del Derecho penal, es necesario además de que pueda imputarse "objetivamente a la acción", es decir, que el mismo pueda ser imputable "subjetivamente a su autor".

En referencia a ésta segunda cuestión, a diferencia del dolo "cuya atribución subjetiva del resultado se halla en el querer"; en los delitos culposos "el resultado antijurídico se atribuye al autor en tanto en cuanto hubiera podido y debido preverlo y evitarlo", esto es, ha de probarse su falta de previsión y posible evitabilidad [88].

Pero... ¿Se puede prever y evitar el impago de un cheque?. Seguramente que si, si en la cuenta del librador en que hubiera hecho la provisión de fondos, no hubiese de efectuarse más cargos (por cheques o por lo que sea); o si el librador antes extender un cheque, fuese al Banco o Caja para que le retengan dicho

86 Ver ampliación en el apartado Exigibilidad

87 Como menciona dicho autor, citando a WELZEL, "el tráfico automovilístico encierra un cierto grado de peligro, y la sociedad no reacciona ante estos peligros prohibiendo la conducción de automóviles, sino sometiénola a reglas de cautela"

Lo mismo cabría esperar de la regulación de la "seguridad del tráfico mercantil", máxime si tenemos en cuenta la redacción del art. 149 de la Ley Cambiaria.

88 Según los profesores CUBO DEL ROSAL y VIVES ANTON; ídem; pág. 465. Los dos elementos de la culpa son: Previsibilidad (que el autor lo pre-vea); y Evitabilidad (poder y deber de evitarlo).

importe [89] (en base a sus fondos o a sus disponibilidades suficientes).

Cosas que como hemos visto en el epígrafe anterior, no se producen casi nunca dentro del hábito bancario.

Otra posibilidad es que los libradores mantuviesen en sus cuentas unos saldos medios acreedores bastante elevados; o el límite de sus créditos fueran lo suficiente holgados para admitir todos los cargos. En ellos será difícil que ocurra el delito.

Sin embargo, la realidad bancaria nos demuestra, que un gran porcentaje de clientes trabajan con limitaciones de tesorería, e incluso los "buenos" clientes de pasivo, a veces tienen sus descuidos o desfases económicos en el control de sus cuentas.

Entonces... ¿Para que sirve el comprobar antes extender un cheque, si se tienen fondos suficientes o sus disponibilidades bancarias, si cuando es presentado al cobro puede ser devuelto por falta de los mismos u otra causa, ya que no se hizo la retención correspondiente?

El problema estriba en que la en la tipicidad del cheque en descubierto, la acción se "consume" cuando se extiende el cheque, pero el delito no se "consume" hasta el impago del mismo, pues como se explicó en el capítulo anterior, existen gran cantidad de cheques que se extienden sin fondos y no son delito, porque el librado en última instancia tiene la facultad de pagarlos sin fondos, aunque con posterioridad el librador se los repondrá, más con los intereses del descubierto.

Entonces ¿De quién es la culpa en estos casos?. En mi opinión del propio sistema bancario.

Por ello cabe concluir, y como indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [90]: "Quien no observa un cuidado que hubiera sido ineficaz e inútil no infringe deber alguno y, en consecuencia, el resultado no puede reprochársele".

Por consiguiente, tampoco imputarsele, ya que la previsibilidad y la evitabilidad, en última instancia, no son más que dos requisitos de la existencia del deber.

Dicha afirmación me parece fundamental para la cuestión de penalizar la culpa en las figuras delectivas del art. 563 bis-b.

⁸⁹ Otra cosa es que la conformidad la pida el tomador o tenedor a posteriori de la expedición y entrega del cheque.

⁹⁰ M. Cobo del Rosal y F.S. Vives Antón, *idem*, pág. 432

Tales cuestiones en pro de la no incriminación de la culpa en este delito, es lo que voy a tratar de desarrollar en el epígrafe IV. Con el convencimiento de que si bien la culpa es necesaria penalizarla en los delitos llamémosles "graves", no así en éste, cuyo grupo podríamos llamarle de los delitos "leves o menores graves", que según el principio de legal de "intervención mínima" deberían de restringirse su penalización al máximo.

3) Las Formas Mixtas de Culpabilidad

En el Cód. penal, en su art. 9,4 se define lo que actualmente puede entenderse por preterintencionalidad [⁷¹] al decir: "La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que se produjo".

Antes de la Reforma de 1983, su tratamiento jurídico estaba regulado por el art. 50 y 1,3 del C. Penal, en base al principio de la "responsabilidad objetiva", por cuya virtud según indica QUINTERO OLIVARES: "el autor respondía a título de dolo por algo que por definición había causado sin quererlo" [⁷²]. Lo cual ha cambiado, al suprimirse dichos artículos con la reforma mencionada.

Según QUINTERO en referencia al delito, hoy en día "se puede trazar una división entre la parte del mismo que el autor conoció y quiso y aquella otra que no previno, aunque hubiera podido y debido preverla", es decir, se hace una distinción de los elementos subjetivos de la acción, con lo que se aminora la aplicación de la responsabilidad objetiva. Para dicho autor caben dos opciones:

a) Que con el "comportamiento doloso concorra un resultado ulterior que hubiese podido preverse y evitarse", en este caso habrá un concurso de delitos, entre el doloso y el de imprudencia

⁷¹ Según ANTON ONECA, se puede definir: "Cuando de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el querido por el sujeto".

Por su parte JIMENEZ DE USUA la definió como: "La producción de un resultado típicamente antijurídico que traspasa lo intencionalmente emprendido".

Para SAINZ CANTERO [], es: "El resultado producido que supera la voluntad criminal del sujeto". Exigiendo según dicho autor, la concurrencia de los siguientes elementos: a) Vinculación entre bienes jurídicos; b) Conducta básica, inicial o intencional; c) Resultado material; y d) Relación de causalidad entre la conducta inicial y el mayor resultado.

⁷² Gonzalo Quintero Olivares, *idem*, pág. 348

b) "Si la consecuencia ulterior fuera imprevisible, tendrá que considerarse fortuita", en tal caso, ésta última será impune, en base al art. 6 bis b del C.Penal.

Por mi parte comparto los postulados de COBU DEL ROSAL y VIVES ANTON, de que la preterintencionalidad (por su emplazamiento dentro del Cod. Penal), es una forma de "atenuación" de la responsabilidad criminal, no siendo como en otras legislaciones una tercera forma de culpabilidad, compuesta de una forma mixta de dolo y culpa.

Como señala el profesor A. SERRANO [73], al comentar la S.T.S. 17-12-82, los jueces para apreciarla tienen en cuenta "las armas utilizadas, las lesiones ocasionadas, el lugar del cuerpo atacado, etc.", o sea, los medios y la forma del delito para apreciar el "animus" del autor.

Referente a nuestro delito ¿Que animus se le reprocha al librador del art. 563 bis-b?, ya que como hemos visto en el capítulo II, el bien jurídico que se protege no es ningún bien de carácter patrimonial, ni siquiera individual, es la seguridad del tráfico mercantil. En consecuencia, que interés puede tener dicho librador si con ello no consigue ningún beneficio, al no existir ningún ánimo de defraudar o de enriquecerse en la acción.

Según indica ANTON ONECA [74]: "Solo se imputan los resultados preterintencionales en figuras de delitos especialmente previstas en la Ley como tales, los llamados delitos calificados por el resultado (como los arts. 260 a 262 -de terrorismo-; 326-falso testimonio-; 411 -aborto con resultado de muerte-; 488-abandono de niños con resultado de muerte-; etc.)

En referencia a la figura delictiva del art. 563 bis-b, al entender de una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, este es un delito de "simple actividad" [75], por lo cual no tiene prácticamente aplicación en el mismo tal forma de atenuante.

En caso contrario, es decir, de tenerlo como un delito de resultado (al menos en el párrafo segundo), en tal caso sí sería apreciable la preterintencionalidad.

No obstante, es de resaltar que como una atenuante más del art. 9 del C.Penal, habrá de aplicarse siempre que sea posible en beneficio del reo (independientemente de que tipo de delito

73 Alfonso Serrano Gómez, idem, pág. 127 y 128

74 José Antón Oneca, idem, pág. 256 y 257

75 Como se vió al tratar la tipicidad

sea), ya que otra cosa sería negar a priori la posibilidad de aminorar una pena, que por necesarias que sean en algunos delitos, en otros como éste, bien pudiera ocurrir que se cumpliera el refrán español que dice: "es peor el remedio que la enfermedad".

Con ello quisiera resaltar, que la utilización de la última ratio legal que es el Derecho penal, no siempre es la más adecuada para la corrección de determinadas conductas; por ejemplo en el incumplimiento de los contratos, su protección legal debería ser lógicamente la ley Civil o Mercantil, según los casos, pero no por la vía Penal. [76]

III) LA EXIGIBILIDAD

Como ya he anticipado al principio del capítulo, la exigibilidad forma el tercer elemento de la culpabilidad, junto con la Imputabilidad y las Formas (dolo y culpa).

Su aparición en el Derecho positivo, surge con la afirmación de la teoría "normativa de la culpabilidad", cuyos precursores después de FRANK, fueron GOLDSCHMIDT [77] y FREUDENTHAL.

Dicha concepción normativa parte de la idea del reproche personal al autor, el cual se ha comportado de un modo contrario a como le era exigido por el Derecho.

Según los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [78]: "La exigibilidad no es sino la esencia mismo del deber, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que lo impone".

Ahora bien, como señalan dichos autores, lo "exigible a de ser posible, pues lo imposible no será exigible". Por ello en el caso del cheque en descubierto, habremos de analizar que conductas son exigibles por ser posibles.

SAINZ CANTERO [79] define la exigibilidad diciendo: "La hay cuando el hombre medio, situado en idénticas circunstancias

⁷⁶ Ver art. 1258 C.Civil y 56 C. Comercio.

Para este autor la exigibilidad es: "Un deber, que presupone un poder exigible".

⁷⁸ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón; idem; pag. 565

⁷⁹ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 98 (libro III)

externas, impulsado por las mismas motivaciones, y en semejantes condiciones personales en que ha actuado el autor concreto, se hubiera comportado de acuerdo con el deber". Para dicho autor, la exigibilidad "es un deber que presupone un poder".

El "deber" estará establecido por el ordenamiento jurídico en cuestión. El "poder" del autor, resultará de tres factores los cuales determinarán su voluntad al caso concreto:

a) Las circunstancias concurrentes en el área de la culpabilidad, las cuales pueden atenuarla o agravarla [100]. Su relevancia dentro del concepto, la puso de manifiesto JIMENEZ DE ASUA: "Hubiera sido exigible que el agente obrase de otro modo, de conformidad con el deber de respetar la norma, cuando las circunstancias le permiten al sujeto activo una motivación normal".

b) Los motivos o los móviles personales que impulsan al sujeto a actuar de uno u otro modo. Como lo señaló MEZGER: "Se puede entender por motivos,.. el conjunto de aquellas representaciones, matizadas por los efectos o queridas, que han causado el acto de voluntad del autor".

c) Las condiciones personales del sujeto, es decir, su personalidad. Que en palabras también de MEZGER, se puede resumir en "forma de reacción constante, durante un espacio de tiempo determinado, de un individuo frente a los estímulos exteriores".

De tal suerte, que del resultado de estos tres factores le ayudarán al juez, a formarse un "juicio valorativo" [101] en el caso concreto, para saber si el sujeto pudo o no comportarse de otro modo a como lo hizo, en relación con lo que disponía la norma; es decir, se debe de llegar a la conclusión de si lo exigible es correcto que lo sea, y el sujeto pudo o no actuar de otra forma a como lo hizo [102].

Este juicio valorativo de reproche o exigibilidad, culminará según la mayoría de la doctrina, y tal como señala

¹⁰⁰ Ver arts. 9 (atenuantes) y 10 (agravantes) del C.Penal

¹⁰¹ Lo que Quintero Olivares llama: "juicio de reproche" (si se cumplen los presupuestos de imputabilidad; conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad), idem, pág. 391. Rodríguez Ramos en cambio lo llama: "juicio de exigibilidad", idem, pág. 204.

¹⁰² Aunque también puede ocurrir, que la no exigibilidad este representada por una dispensa otorgada en ciertas circunstancias del injusto realizado, esto no lleva a las causas de "inexigibilidad" que después se verán.

QUINTERO OLIVARES [103], en "la afirmación de que un sujeto es culpable o no", traduciendo en una pena en el caso positivo.

En consecuencia, dicho juicio incidirá después de un proceso probatorio sobre:

- "El Objeto (conducta antijurídica [104]) y

- "El Sujeto (imputabilidad) del delito".

Pero a mi entender, la cuestión más difícil está en determinar: ¿"Cuándo al sujeto le es exigible o no un comportamiento adecuado a Derecho"? Lo cual avala la teoría de las acciones socialmente adecuadas.

Por lo cual se hace necesario encontrar: "un criterio determinador de la exigibilidad", que evite que se abuse de dicho principio.

Doctrinalmente se han empleado dos criterios: Uno "Subjetivo" (personal) y el otro "Objetivo" (colectivo).

El primero ya lo hemos visto al hablar de la culpa (II, 2a Imputación del resultado), y se efectúa sobre módulos personales del librador (circunstancias, motivos y condiciones del sujeto).

Pero como eso según se ha visto es relativo e insuficiente, se ha ideado la creación de criterios más objetivos, haciéndose referencia a módulos más generalizadores, para a partir de ahí intentar encontrar el "espíritu del ciudadano medio" [105], lo cual como también se ha demostrado al tratar la culpa (Infracciones del Deber de Cuidado), son insuficientes para incriminar determinadas conductas como la emisión de un cheque en descubierto.

¹⁰³ Idem, pág. 394

¹⁰⁴ Rodríguez Ramos, idem. "La conducta antijurídica viene conformada desde el punto de vista psicológico como intencional (el autor conocía y sabía a nivel fáctico lo que hacía) o como negligente (el autor lo hizo sin intención, pero incumpliendo un 'deber objetivo de cuidado' -ya visto al hablar de la culpa).

¹⁰⁵ Siendo SCHMIDT uno de los precursores del "criterio objetivo", según el cual, "se debe de hacer un examen de las circunstancias y motivos existentes, y considerar si en las mismas condiciones, otro hombre hubiese actuado diferente a como lo ha hecho el autor".

1) La Exigibilidad en las Acciones Tipificadas en el art 563 bisb

En mi opinión, y siguiendo los postulados de JESCHECK sobre la vulneración del "deber objetivo de cuidado", podemos llegar a la conclusión (una vez más), de que en el delito del cheque en descubierto, no es adecuado el incluir la forma culposa dentro de su tipicidad, ya que "los tipos imprudentes no ofrecen ninguna información sobre la clase y medida del cuidado que es preciso emplear" [106].

Según dicho autor, en estos casos: "lo decisivo es el grado de prudencia y atención que resulte 'exigible' por la comunidad, para evitar vulnerar bienes jurídicos".

¿Que es lo que resulta exigible en el art. 563 bis-b?

Como hemos visto al hablar del tipo (cap III), el cheque en descubierto es un delito de mera actividad o formal, en definitiva lo que se exige es:

a) Referente al librador

-Librar, extender, expedir o crear un cheque, que en la fecha consignada en el mismo, hayan fondos suficientes.

-No retirar, apartar, separar o sacar, los fondos que impidan su pago total o parcial. [107]

b) Referente al tomador

-No entregar, no poner a disposición, no dar o no donar, un cheque a sabiendas de su falta de cobertura.

En consecuencia, es conveniente que analicemos por partes los dos aspectos que distingue JESCHECK sobre la infracción de la norma, y son:

a) **Cuidado Interno.** Según dicho autor, para ello "el primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado, es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido" [108].

Para ese grado de atención, "son determinantes, en especial,

¹⁰⁶ Hans-Heinrich Jescheck: "Tratado de Derecho Penal PB", traducido del alemán por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde; editorial Bosch, páginas 796/802

¹⁰⁷ Lo cual en mi opinión es propio de un delito de resultado, según lo he tratado en el capítulo III.

¹⁰⁸ Lo que BINGING llamó "deber de examen previo".

la proximidad del peligro y el valor del bien jurídico a que el mismo afecta".

Así como advertir el peligro en abstracto, según "el especial conocimiento causal del autor".

En mi opinión y en referencia a este aspecto concreto, ya son suficientes para ello los argumentos desarrollados en el capítulo II al estudiar el Bien Jurídico; en el capítulo III al desarrollar la Antijuricidad y Tipicidad; y en este capítulo IV al tratar la Culpa (en especial la Necesaria Supresión de la Incriminación Culposa del art. 563 bis-b), por lo que desde aquí, a ellos me remito.

Por otra parte, tal como indica dicho autor, "no cabe formular exigencias imposibles, ni exageradas, pues bajo las condiciones que impone nuestra era tecnológica, existe un cierto grado de peligro que pertenece a las circunstancias normales de la vida diaria" [109].

b) Cuidado externo. "De la posibilidad de advertir el peligro, se sigue el deber de realizar un comportamiento externo correcto, con objeto de evitar la producción del resultado típico" (según sigue exponiendo el referido autor).

b,1) De este deber de cuidado, "se requiere, el supuesto más sencillo, que se abandone la ejecución de aquellas acciones apropiadas para realizar el tipo imprudente".

Ello como puede advertirse resulta casi imposible, a no ser que se borre de los medios de pagos al cheque, es decir, la previsión más eficaz para no producir el delito sería, el no librarlos, pero como se observa por ejemplo, no se deja de ir en coche porque se produzcan accidentes.

Quizá la argumentación de los defensores de incrementar las penas en este delito sea, el disuadir de su utilización o aumentar sus precauciones, argumentaciones que aun no se ha probado su efectividad:

b,2) "Pero es más frecuente -sigue diciendo JESCHECK- el caso de que la acción peligrosa pueda en sí misma ser realizada,

¹⁰⁹ Recuérdese una vez más las palabras de QUINTERO OLIVARES, idem, pág. 355. "Sucede, pues, que al precisar lo límites entre lo prudente y lo imprudente no puede olvidarse que la sociedad paga un 'tributo de peligro' a cambio de un bienestar o supuesto. Ese riesgo acaba 'homologándose' y pasa a formar parte de lo 'estructuralmente tolerable'. Si en ese ámbito sobreviene la desgracia, no será justo hablar de 'imprudencia' en nombre de una situación ideal llena de seguridades".

porque a causa de su utilidad social, en la vida moderna, no pueda prescindirse de ella. Aquí el deber de cuidado obliga a aplicar todas las medidas necesarias de prudencia, control y supervisión"

En nuestro delito, la cuestión fundamental está en que si se lleva esto con extremo rigor, en realidad se "condena" al librador a tener que efectuar continuamente un control excesivo sobre sus cuentas, pues como la retirada de fondos (involuntaria = negligente), en puridad jurídica puede producirse en cualquier momento dentro de los 15 días del plazo de pago del cheque, es natural que muchos libradores, en especial las grandes empresas que continuamente están efectuando pagos a diario a través de cheques, tengan la posibilidad diaria de que se produzca la "retirada", y en consecuencia el impago, que para el tomador, tan como está actualmente regulado penalmente, será motivo de acusar al librador de delincuente. Lo cual es injusto, ya que en las cuentas corrientes se paga de todo: tanto cheques, letras, recibos, facturas, etc., e incluso se producen devoluciones imprevistas.

Sin olvidar que la mayoría de las cuentas corrientes son indistintas o de sociedades con varios representantes legales, con autorización de disposición de saldos, lo que produce que en muchas ocasiones, pueden extenderse cheques simultáneamente y en varios lugares distintos, contra un mismo saldo real que se cree que existe en la cuenta.

Por otra parte, los dichos cheques pueden extenderse en horas o días que son inhábiles para las oficinas de Bancos o Cajas, lo cual situada a los librados en una especie de indefensión, amen de que no hagan uso del cheque como medio de pago, al no poderse comprobar en aquel momento su saldo real.

¿Es qué la ley penal llega a exigir al librador que lleve un control diario con su Banco o Caja para saber constatemente que es lo que se ha pagado o no a través de sus cuentas "corrientes"?

Naturalmente que la respuesta en mi opinión a de ser negativa, pues en caso contrario se exigiera una conducta imposible de cumplir (vaya "lata" para los libradores y librados)

En conclusión, lo que se exige en realidad con el art. 563 bis-b, es que no se emitan cheques, se retiren sus fondos o se negocien al descubierto los mismos de una forma consciente (voluntaria), para con ello defraudar los derechos del tomador de buena fe.

b,3) "El ciudadano exigible también puede imponer el cumplimiento de deberes de preparación e información, antes de ejecutar acciones peligrosas".

Cuando se habla del delito del cheque en descubierto por imprudencia ¿De qué se habla?. ¿Imprudencia de qué?

La respuesta nos la puede proporcionar la sentencia 26-3-80 en otras ^[110]: "El libramiento de cheque en descubierto, tipificado en el núm 1 del art. 563 bis-b, puede ser cometido de forma culposa, como ocurrió en el presente caso, en el que el acusado debió comprobar o cerciorarse antes de librario que existían fondos bastantes para hacerlo efectivo..".

Como se dice en la propia sentencia, se habla del incumplimiento del objetivo del "deber de cuidado", penalmente exigible, es decir, de saber cual es la información necesaria.

Lo primero que hay que analizar es, que si estas acciones pueden realizarse voluntariamente, es decir, con dolo; o por imprudencia (culpa).

Como ya hemos visto, generalmente la culpa también es admitida en los apartados 1 y 2 del art. 563 bis-b, por el contrario no es admitida en su apartado 3, ya que el tomador para cometer el tipo indicado, ha de "saber" que el cheque no es conforme, lo que presume su ignoración; entendiendo por la doctrina y la jurisprudencia, que dicho "a sabiendas" excluye la culpa, incluso para algunos el dolo eventual.

En mi opinión, esta "ignorancia" del tomador también podría ser por dolo o por culpa ^[111], ya que con una diligencia debida, tal como se le exige al librador (con preguntario), el tomador bien podría saber si el cheque es conforme o no; en consecuencia,

¹¹⁰ Entre ellas la del 2-11-74; 27-2 y 12-4-75; 21-5 y 15-11-77 y la del 25-11-79. Esta última dice: "Es evidente (refiriéndose al art. 563,1 en relación al art. 565,1) que el delito puede cometerse doloso o culposamente.

-Dolosamente cuando se efectúa tal omisión con consciencia de tal falta de fondos, esto es conocida ésta, y a pesar de ello, se libra el cheque que luego resulta impagado.

-Culposamente, cuando no hay conciencia de la falta de provisión de fondos, o de su insuficiencia, pero al librador le faltó la diligencia elemental, exigible a un hombre de previsión mediana de asegurarse suficientemente de la existencia de tales fondos, o con error vencible de tal diligencia".

¹¹¹ "Negligencia inexcusable", si ello es aplicable para el librador, porque no lo es para el tomador (se esta discriminando de trato penalmente a los posibles autores). En esta ocasión si llego a la misma conclusión que José Vicente Reig Reig: "El Delito del Cheque en Descubierto"; tesis doctoral UNED 1985, página 322. Aunque mi conclusión (presunción de inocencia) es en sentido inverso a la de él (presunción de culpabilidad).

la acción del tercer apartado del 563 bis-b también puede ser dolosa o culposa si se quisiese considerarla así, a pesar del "sabiendas" que se expresa en dicho apartado.

Pero si por Política criminal, o porque mayoritariamente se entiende que la excusa absolutoria no alcanza a dicho párrafo tercero, etc., y se admite que sólo se considera posible la comisión por dolo. Digo yo, porque no podría ser por los mismos principios de aplicación el dolo de los tipos de los apartados primero y segundo de dicho artículo, y olvidarnos de la mencionada excusa absolutoria [112].

Es decir, que para saber y penar que se está librando un cheque sin fondos o se están retirando los mismos, primero se tenga que probar que efectivamente se era consciente de ello, en contra de lo que ahora ocurre, que en muchos casos se presume la culpabilidad del librador en base a la imprudencia, al admitirse por la jurisprudencia la forma culposa en dicho delito [113].

Si optamos por una interpretación amplia de la culpa (negligencia temeraria del art. 565 CP), como ya he mencionado al tratar esta forma de culpabilidad, nos encontramos con que todo librador que al extender un cheque, y no efectue una retención expresa en su cuenta corriente del importe del mismo, ya de por sí esta infringiendo una norma de prudencia, pues esta admitiendo tacitamente la posibilidad de que el cheque pueda ser devuelto por cualquier causa, aunque confíe que ello no se produzca.

A nuestro juicio, esta prudencia no es la cuestión que se exige en el tipo del art. 563 bis-b (como ya hemos visto al principio del epígrafe), además de que como también hemos visto, no se puede llevar al extremo el deber de cuidado que ahora se esta penalizando.

Lo que la norma exige, es librar cheques con fondos suficientes en la fecha expresada; o prohíbe la reterida de los mismos, de una forma consciente y voluntaria.

En consecuencia, cabe preguntarse ¿Qué efectividad tiene la

¹¹² Como se verá al tratarla en la Punibilidad, hoy por hoy, su eficacia es bastante nula.

¹¹³ Como dice el profesor QUINTERO OLIVARES, idem, pág. 359. En referencia al desvalor de resultado en los delitos culposos. "Las imprudencias que no hayan tenido consecuencias se tratarán a lo sumo como infracciones administrativas (p.e. el exceso de velocidad)". En el delito en cheque en descubierto, al ser el bien jurídico la simple seguridad del tráfico mercantil, sin atentado patrimonial, la forma culposa no trae consecuencias graves.

exigencia expuesta en la sentencia 26-3-80 al emitir un cheque?

Si como hemos visto al no retener el saldo, puede ocurrir que cuando sea presentado el cheque al cobro, puede ser que éste no se pague [114], porque el saldo o la disponibilidad puede ser que ya no este, por haberse efectuado otros pagos entre la fecha de expedición y la de su presentación.

Por otra parte, si esta última coincide con la primera, es decir, si el cobro se intenta acto seguido de la expedición y resulta "no ser conforme", como es natural el tomador no admitirá el cheque y le exigirá al librador que "le pague" en efectivo, devolviéndole el documento cuando esto ocurra.

En este caso, aunque haya un delito frustrado (suponiendo que el 563 bis-b fuese un delito de resultado), lo más probable es que el tomador no lo denuncie nunca.

En el caso de que el tomador aceptará el cheque a sabiendas de su posible no conformidad [115], tal hecho no sería delictivo, según sentencias del T.S. 15-10-69, 23-10-73, 30-6-71 y 9-3-72, etc., como ya hemos visto al hablar de la ausencia del tipo.

En mi opinión, propongo la teoría de la "aceptación de riesgo" por parte del tomador, ya que si éste no pide la conformidad antes de admitir el cheque definitivamente [116], existe una compensación de culpas [117], según criterio de la

¹¹⁴ Como indica MIR PUIG, *idem*, pág. 72. "Uno de los límites del *Ius Punienti* de un Estado social, es el principio de la utilidad de la intervención penal. Perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil. En contra de la eficacia de la pena podrían alegarse los elevados porcentajes de la reincidencia"

¹¹⁵ Según sentencias 25-3 y 28-11-86; 25-11-87; 2-2-88. Esta última dice: "Como con tantísima reiteración ha venido declarando este Tribunal, cuando el documento bancario se entrega como instrumento de crédito de una operación de esta naturaleza previamente concertada entre el librador y el tenedor o como **simple prueba** de pago diferido, se produce una desnaturalización del título, de manera que el impago al tiempo de su presentación al cobro por falta de provisión es atípico".

¹¹⁶ Salvo que el cheque ya estuviera registrado. Recuérdese que ello no es obligatorio para los Bancos. Ver art. 138 L.C.C.H.

¹¹⁷ Siguiendo lo criterios de CARRARA, citado por ANTON UNECA, *idem*, pág. 254.

Por otra parte la Punibilidad de los delitos culposos, en las legislaciones extranjeras, solo se admite cuando han sido definidas expresamente por la Ley en sus respectivas figuras.

sentencia del T.S. 17-10-81.

En consecuencia, tan negligente puede ser el librador que no efectúa la retención preventiva, como el tomador que antes de aceptar un cheque, no comprueba la disponibilidad real de los fondos allí expresados [¹¹⁸], pidiendo por consiguiente su conformidad y retención correspondiente [¹¹⁹].

En el caso de la retirada de fondos, la cuestión aun puede dar lugar una mayor polémica, ya que a veces incluso puede ser justo que así se haga, por ejemplo el pago de una reparación defectuosa [¹²⁰].

Por todo ello, y por la igualdad de trato que la Ley penal ha de guardar con todas las partes implicadas en una relación contractual, no cayendo en el antiguo axioma de la "prisión por deudas", lo más justo sería penar solamente a las acciones de los tipos vistos, cuando se cometan de forma dolosa, siempre que el bien jurídico sea digno de protección [¹²¹].

b,4) Siguiendo los razonamientos de JESCHECK: "El deber de observar el cuidado externo, puede poseer distintos fundamentos jurídicos, e incluso puede derivarse de la experiencia de la vida".

Referente a mi experiencia profesional, a nivel de empleado de Banca, he de dar testimonio aquí, de que los titulares de las cuentas no suelen preguntar a diario que es lo que se les ha pagado, sino más bien exigen, dicen, o piden (según su nivel económico) de que se les pague ésto o áquello, y en caso dado, ya pasarán a regularizar su saldo.

¹¹⁸ Recuérdese que el art. 110 de la Ley Cambiaria, faculta tanto al librador como al 'tenedor' de un cheque para, solicitar del Banco librado la conformidad del mismo.

¹¹⁹ Desde junio de 1980, existe un procedimiento entre Bancos y Cajas, de conformidades telefónicas vinculantes de cheques, cuyo importe es hasta un millón de pesetas. Así mismo existe un sistema de "truncaje" de cheques por sistemas informáticos a tiempo real (aun más 24 horas), igualmente por un límite de un millón de ptas. por cheque.

¹²⁰ Recuérdese el contenido del art. 1124 del C. Civil; "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación.."

¹²¹ Cuestión ya tratada en el capítulo II.

En muy escaso en porcentaje de libradores que solicitan que se le retenga el importe de algún cheque extendido por él; ya que lo habitual es que los tenedores, a través de su Bancos o Cajas, soliciten conformidades telefónicas vinculantes de los cheques de los clientes de los cuales tengan duda. Lo cual confirma, que la prudencia de los tenedores también juega en la efectividad en los pagos de los cheques.

En referencia a la cuestión de los distintos fundamentos jurídicos, en pocos delitos como en éste, existe una contradicción tan mayor entre leyes, como he ido exponiendo a lo largo de este trabajo.

Para rematar la esta cuestión, sirvan como ejemplos los artículos siguientes que he seleccionado, como muestra de las **incoherencias con la tipicidad** del art. 563 bis-b del C.Penal y el resto del ordenamiento.

-En el Código Civil se contienen entre otros:

Art. 1156: "Las obligaciones se extinguen. Por pago o cumplimiento..."

Art. 1170: "La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso".

Art. 1911: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".

-En la Ley Cambiaria del 85, se contienen entre otros:

Art. 108 final: "El librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado, por la suma en él indicada, deberá pagar al tenedor, además de ésta, el 10 por 100 [¹²²] del importe no cubierto del cheque, y la indemnización de los daños y perjuicios"

Art. 110 principio: "El librador o el tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco librado que preste su conformidad al mismo".

Art. 134: "El cheque es pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se reputa no escrita".

Art. 135: "El cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de quince días....".

¹²² Aunque fuera el 20 %, sería justo, en base a los intereses bancarios que actualmente se están cobrando

Art. 146 principio: "El tenedor podrá ejercitar su acción de regreso contra los endosantes, el librador y los demás obligados cuando, presentado el cheque en tiempo hábil, no fuera pagado.."

Art. 157: "Las acciones que corresponden al tenedor contra los endosantes, el librador y los demás obligados prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de present.."

En mi opinión, lo que la Ley penal debiera de exigir, es que la persona pague sus deudas (art. 1911 CC), sea a través de cheques, letras de cambio, pagarés, giros, transferencias, libranzas, o cualquier otro medio de pago, pero que pague (art. 1156 CC). No olvidándonos, que los medios de pago empleados, de por sí, no tienen ningún valor (art. 1170 CC), y que para garantizar los mismos, antes de llegar a la Ley penal existen otros métodos (arts. 108, 110, 146 LCC).

b,5) Dentro del razonamiento de JESCHECK: "También para decidir la posibilidad de advertir peligros debe aplicarse, como patrón, el comportamiento de un sujeto consciente y prudente perteneciente al mismo sector de tráfico del autor.."

En este terreno, es de resaltar la diversidad de criterios y niveles que existen del "espíritu del hombre medio", ya que no entraña el mismo grado de dificultad de conocimiento y control sobre la cuestión del cheque: a un industrial, o un comerciante, que a un obrero, o a un hombre de ámbito rural; y dentro de los del primer y segundo grupo, según el volumen de su negocio.

Como se ha visto al hablar de los criterios determinadores de la Exigibilidad y en la Imputación del resultado [¹²³], el "espíritu del hombre medio" es la "no diligencia teórica", pues se debe de cumplir hasta donde le es exigible el deber de cuidado eficaz, por lo cual a lo tratado allí me remito en referencia al delito de cheque en descubierto.

2) Supuestos de Inexigibilidad.

Estos se producen cuando el sujeto, a pesar de haber actuado típicamente y antijurídicamente, no le es exigible un comportamiento distinto al que realizó, en base a unos supuestos que el Código penal en su artículo 8 desarrolla: estado de necesidad; fuerza irresistible; obediencia debida; y miedo insuperable. Los cuales eximen de la responsabilidad criminal.

En referencia a la naturaleza jurídica de la inexigibilidad,

¹²³ Según se vió en el epígrafe II 2a de este capítulo

no existe unanimidad a la hora de encuadrarla [124], pues dependerá de la posición doctrinal de la cual se parta.

Según señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON: "La naturaleza jurídica de la inexigibilidad viene determinada, en cuanto a su posición adoptada en la esfera del injusto. Si se entiende que la infracción 'del deber' pertenece al injusto, entonces la exigibilidad, también ha de pertenecer a él (a la anti-juricidad); si por el contrario, se estima que el injusto se halla constituido exclusivamente por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, entonces la exigibilidad e inexigibilidad han de situarse en el ámbito de la culpabilidad".

Bajo sus planteamientos [125], la inexigibilidad pertenece al ámbito de la culpabilidad, gozando de una **doble naturaleza** según sea el tipo de delito: "en los dolosos constituirá un tercer momento del juicio de reproche, sobreañadido a la imputabilidad y al dolo, mientras que en los culposos se integraría en la esfera correspondiente a la propia forma de culpabilidad, determinando su exclusión".

Habiendo sido tratadas en los capítulos anteriores, las otras eximentes del art. 8, queda ahora la del apartado 10: **el miedo insuperable**. Pasando a renglón seguido a exponerla brevemente:

Según entiende la doctrina, dicha eximente excluye la culpabilidad y no la acción.

Tradicionalmente entendía la jurisprudencia, que el miedo insuperable era una causa de inimputabilidad [126], porque anulaba la capacidad de entender y querer.

Actualmente se considera que es un estado emocional privilegiado [127], cuya consecuencia es la anulación de la reflexión y de la libertad del sujeto, cuyo efecto es el no poder "comportarse de acuerdo con el deber", por lo cual su naturaleza

124 Para SAINZ CANTERO existen sobre ella tres posiciones
a) Considerarla como una causa supralegal de inculpabilidad.
b) Como un principio implícito del ordenamiento jurídico-penal.
c) Instrumento del legislador y aplicador del Derecho.

125 Idem, página 511.

126 Sentencia 24-1-39

127 Tesis promulgada por ANTON ONECA

o razón esta en la inexigibilidad, según S.T.S. 2-10-81 (128).

La jurisprudencia en varias de sus sentencias (129), ha desarrollado cuales son los requisitos que se le exigen a esta eximente, como las del 12-5-71; 25-10-74 y 7-6-85 entre otras.

Es importante resaltar que el miedo debe de ser causa de la perturbación. Pues como apunta COBO DEL ROSAL, la "vis psíquica" no anula la capacidad de acción, si no la capacidad de determinación.

La doctrina entiende que la amenaza del mal no sólo puede ser contra la vida del sujeto, sino que también podrá ser contra otros bienes del sujeto, como el patrimonio, el honor, etc.

Según el Código Penal, su gravedad no puede ser mayor que la del mal temido. Si lo fuera no se apreciaría la eximente, igualmente no se apreciaría si el medio fuera superable, en tales caso se aplicaría como una eximente imcompleta (art. 9,1).

En cuanto al delito del cheque en descubierto del art. 563 bis-b, al igual que en cualquier otro delito se podrá apreciar esta eximente, lo que ocurrirá cuando al librar un cheque; retirar sus fondos; y negociarlo indebidamente, exista una causa de suficiente entidad para el miedo, que justifique el comportamiento del librador o el tomador, sin sobrepasarlo.

Aunque nótese una vez más, la contradicción de la Ley penal en este delito con el resto del ordenamiento, ya que la Ley Cambiaria autoriza y preve la revocación del cheque a posterioridad por pérdida o privación ilegal del mismo (art. 138)

En cambio el art. 563 bis-b, en su redacción se especifica que el librar puede ser "con cualquier finalidad" y que el tomador lo entregare "con cualquier fin", lo cual raya lo inconstitucional.

¹²⁸ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 109, citando a MIR PUIG, en referencia a las Adiciones al Tratado de JESCHECK

¹²⁹ "La circunstancia de exención de responsabilidad criminal, de miedo insuperable, del art. 8,10 del CP., que opera como causa de justificación o inculpabilidad, supone una fuerza dirigida al espíritu del agente y proveniente de una tercera persona, que representa un riesgo o peligro grave, inminente e inevitable, que coaccionándolo intensamente y produciéndole un estado emotivo de profundo desagrado, que rebase los límites del terror corriente, le obligue, para liberarse, por virtud de la operatividad del instinto de conservación, a actuar antijurídicamente, causando un mal igual o menor al que le amenaza."

IV) SUPUESTOS DE AUSENCIA DE FORMAS DE CULPABILIDAD

La doctrina mayoritaria entiende, que en general son el error (art. 6 bis-a) y el caso fortuito (art. 6 bis-b), como elementos contrarios del dolo y la culpa respectivamente.

Aunque como señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVIES ANTON ^[130]: "La ausencia de dolo no determina, sin más la inculpabilidad; negado el dolo, puede afirmarse subsidiariamente la culpa, si el hecho no querido hubiera podido evitarse con la observancia de la debida diligencia. En cambio, la negación de la culpa, implica de suyo, la inculpabilidad". Cabe añadir, siempre que el delito calificado en cuestión admitiese la forma imprudente.

En el caso del delito de cheque en descubierto, según mi teoría propuesta, la ausencia de dolo determinaría lógicamente la inculpabilidad del error vencible sobre el tipo, por haberse eliminado precisamente del tipo la posibilidad de la forma culpable ^[131], pues al no existir la imprudencia, el hecho devendría fortuito o sería un error de cálculo y/o de apreciación, en la confianza de ser pagado por el librado.

Además en el delito que nos ocupa, pueden extenderse a otros supuestos la argumentación en favor de mi tesis, según detallo en este epígrafe:

1) El Error.

Como se recordará, el dolo es "saber y querer", pues bien, el error es lo contrario de lo primero o al menos un saber equivocado, según lo demuestran las siguientes definiciones:

Para ANTON ONECA ^[132] el error es "La falta de coincidencia entre la realidad de los hechos y su representación en la mente

¹³⁰ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón; idem, pág. 486

¹³¹ Siguiendo la filosofía sobre la imprudencia del Borrador de Código Penal de 1.990, en su artículo 11 dice: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley". También se cambia el término de culpable por imprudente en el art. 13, 1 in fine (sobre error vencible).

¹³² José Antón Oneca, idem, pág. 233

del agente [133]. El error penal es: La no representación de los hechos delictivos efectuados o de su significación "antijurídica"

Por su parte el profesor QUINTERO OLIVARES [134], distingue el error de la ignorancia, para dicho autor: "El primero sería un conocimiento deformado de la realidad o de su significación social o jurídica; mientras que el segundo sería, la ausencia total de conocimiento perceptivo o valorativo sobre algo" [135].

Con la reforma de 1.983, el Código Penal nos proporciona un concepto del error, así como una clasificación del mismo. En su art. 6 bis-a se define así: "El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

"Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, >>atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor<< [136], la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

"La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el art. 66" [137]

Esta misma línea lo definió:

SAINZ CANTERO, al decir: "La no representación o equivocada representación de los hechos constitutivos del tipo realizado o de su significación antijurídica".

RODRIGUEZ DEVESA lo definió de la siguiente manera: "El error es el conocimiento equivocado, y la ignorancia, la ausencia de conocimiento". Para sus planteamientos "toda ignorancia participa de la naturaleza del error".

¹³⁴ Gonzalo Quintero Olivares, *idem*, pág. 407

¹³⁵ En igual sentido COBO / VIVES; *idem*, página 491.

¹³⁶ En igual sentido se expresa el art. 13 del Borrador de Código Penal de 1.990 al decir: "El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, >>atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor,<< la infracción será castigada, en su caso, como imprudente".

¹³⁷ El art. 66: "Se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que se trata en el art. 8.."

En dicho artículo, lo que en realidad se regula es la penalización del error de tipo (párrafo 1 y 2) y de prohibición (párrafo 3), sea invencible o vencible.

De una forma resumida, se puede establecer el siguiente esquema general del error, en los delitos dolosos y culposos, aunque cada autor tenga su propio esquema particular sobre el tema:

		invencible # vencible
	(DE TIPO excluye dolo y culpa	# no la culpa
(ESENCIAL (#
(PROPIO((DE PROHIBICION excluye idem	# art. 66 CP.
((
((ACCIDENTAL irrelevante para excluir la resp. penal	
ERROR(
[139]((aberratio ictus (efectan a la ejecución delito)	
((aberratio causae	
(IMPROPIO	(aberratio delicti	

-Error sobre el tipo del 563 bis-b. Según QUINTERO OLIVARES [139]: "Se refiere a los elementos que forman parte del mismo, que puede ser fácticos, valorativos e incluso normativos".

Es decir, tal como indican COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON: "El autor cree que no concurren en su conducta todos o alguno de los elementos del tipo ilegal, pese a que efectivamente concurren".

En el delito de nuestro análisis, serían por ejemplo de errores de tipo: no saber el librador que la tipicidad comprende el librar cheques "sin fondos"; "en la fecha consignada"; "con cualquier finalidad etc."; o el "retirar" sus fondos "que impidan en pago"; que el negociar un cheque sabiendo que no es conforme sea un delito; etc..

-Error sobre la prohibición del art. 563 bis-b. Como dicen los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [140]: "Sobre la significación antijurídica, el autor cree actuar conforme a Derecho, cuando en realidad no es así".

¹³⁹ Para ampliar información:

José María Rodríguez Devesa, *idem*, pág. 593

José Antón Oneca, *idem*, págs. 233/242

M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *idem*, pag. 455/463

Jose A. Sainz Cantero, *idem*, pags. 79/89

Alfonso Serrano Gómez, *idem*, pág. 30

¹³⁹ Gonzalo Quintero Olivares, *idem*, pág. 408

¹⁴⁰ M. Cobo del Rosal y Vives Antón, *idem*, pág. 495/496.

SAINZ CANTERO ^[141] por su parte lo define diciendo: "El sujeto sabe perfectamente lo que hace, pero no sabe que su conducta esta prohibida por el Derecho. Bien por entender que no existe norma que la prohíba, bien porque sabiendo que existe la norma prohibitiva, cree que las circunstancias en que actúa fundamentan la existencia de una causa de justificación que le permite realizar la conducta en ese concreto supuesto".

En el tipo legal del art. 563 bis-b serian ejemplos: el librar un cheque en descubierto sin saber que es delito; o sabiendo que es delito, cree equivocadamente que al no cumplir la contraparte su obligación, el librador tiene derecho de no atender el cheque.

A su vez éstos puede ser vencible o invencible. El primero es el que se hubiese podido evitar, empleando el debido cuidado, o sea, su causa esta en la imprudencia; el segundo, es el debido a causas fortuitas.

En mi opinión, a pesar de ser correcta la regla general del error, y ser técnicamente posible en el art. 563 bis-b ^[142], y como de hecho así viene aplicándose por la mayoría de la jurisprudencia en el delito de cheque en descubierto ^[143], por las razones que expondré en el apartado 4) de este epigrafe, en el error de "tipo", se debería de excluir la culpa en la clase vencible, al considerar que sólo es punible la forma dolosa.

Además de que por una parte, en el párrafo primero del art. 6 bis-a se dice: >>>atendidas las circunstancias del hecho y las personales<<<, lo que puede conllevar a la posible excepción de la regla general anteriormente vista, es decir, que para los "delitos dolosos", no sea aplicable la culpa (imprudencia).

¹⁴¹ José Sainz Cantero, idem, págs. 81 y 81

¹⁴² Según puso de manifiesto GONZALO QUINTERO OLIVARES en "El Nuevo Delito de Cheque en Descubierto"; idem; pág. 739

¹⁴³ Sentencia 25-11-87 T.S.: "El error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos -descriptivos o valorativos y normativos- en él contenidos, en tanto que en el de prohibición se constriñe a la falta de conciencia de la antijuricidad".

En igual línea la sentencia del 2-3-88.

Sentencia 26-5-87 T.S.: "Entre error de tipo y de prohibición, el cual supone la conciencia de la licitud en el obrar y en el actuar, que puede venir originada tanto por error sobre la norma prohibitiva -el llamado error de prohibición directo- como por error sobre las causas de justificación -error de prohibición indirecto- excluyente de la responsabilidad criminal cuando es invencible, mientras que el vencible es sancionado con una rebaja en la pena (art. 66 CP.)

Y por otra, porque los errores de tipo serán siempre muchos más escasos de apreciarse y de prosperar que los de prohibición, en base al art. 6,1 del Cód. Civil: "La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento". También, porque si no existe error de prohibición difícilmente lo habrá de tipo.

En cambio el error de prohibición, si será normalmente apreciado en el cheque el descubierto, ya que en el vencible la ley nos remite al art. 66, el cual indica que los tribunales tienen la facultad de reducir la pena en uno o dos grados, al igual que en las eximentes incompletas, según las circunstancias personales.

Pienso que en base una especie de justicia colateral, en relación con "otros errores" de otras áreas del ordenamiento, los jueces deberían de ser más benévolo con este delito.

Recuérdose por ejemplo, el art. 44 del Cód. Comercio, en relación a los errores de contabilidad que dice: "Deberán de salvarse a continuación, inmediatamente que se adviertan, los errores u omisiones padecidos en las anotaciones contables", piénsese que muchos cheques en descubierto pueden derivarse de errores de la contabilidad, que lleven al librador a tener la convicción de disponer de fondos suficientes.

O en el art. 1301 del Cód Civil, que en relación a la nulidad de los contratos se dice: "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato"; lo cual nos viene a decir, que durante el plazo de cuatro años, aun se pueden rectificar errores de obligaciones contractuales.

2) El Caso Fortuito.

Con la reforma del 1983 se eliminó como eximente del art. 8,8 y se creó el art. 6 bis-b que dice: "Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible".

Para los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTUN [144], el caso fortuito consta de las siguientes notas: "Causión de un mal por mero accidente y ausencia de culpa y de dolo". Denominando accidente "a cualquier suceso irregular que altera el orden normal de las cosas".

Según SAINZ CANTERO [145], el caso fortuito puede definirse

¹⁴⁴ Idem, página 486

¹⁴⁵ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 90

como: "Un suceso que se produce en un curso causal irregular, que no rompe sin embargo el vínculo material que lo liga a la conducta del sujeto, y que éste no puede prevenir ni evitar aplicando la debida diligencia". [146]

En cambio el profesor MIR PUIG [147] considera, que al proclamarse en el párrafo segundo del art. 1 del C.P. que "no hay pena sin dolo ni culpa", el art. 6 bis-b se hace "superfluo, cuya presencia sólo puede resultar perturbadora" [148].

Según indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [149], existen tres posturas básicas sobre la **naturaleza** jurídica del caso fortuito: "1) Se configura como una causa de exclusión de la causalidad; 2) Como determinante de la ausencia de formas de la culpabilidad; y 3) La que lo conceptúa como causa de inexigibilidad".

La jurisprudencia también se ha mostrado descriptante en relación a concretar la naturaleza del caso fortuito [150].

Como apunta SAINZ CANTERO [151], se requieren **tres requisitos** para que se produzca el caso fortuito: "1) Que sea una conducta humana la que propone la consecución; 2) Que esa conducta cause el injusto; 3) Inexistencia de dolo y culpa del sujeto respecto al injusto".

¹⁴⁶ En esta misma línea lo define M. COBO DEL ROSAL: "Causación de un mal por mero accidente y ausencia de culpa y de dolo".

¹⁴⁷ Santiago Mir Puig: "Derecho Penal" P.G., página 443, editorial P.P.U.

¹⁴⁸ Quizá su opinión se hizo valer, ya que en el Borrador del C.P. de 1990 no se contiene dicha figura. Dicho autor considera que el caso fortuito no excluye la culpabilidad, sino el injusto. (Posición Finalista).

¹⁴⁹ Idem, página 487

Según la sentencia 9-12-86 T.S.: "El caso fortuito, no es una causa de exclusión de la culpabilidad, sino más bien un evento de especial índole que evita el nacimiento de la dicha culpabilidad, ni siquiera de modo incipiente".

En cambio por su parte, la sentencia 25-4-85 estableció "que en el supuesto contemplado resulta sin más de la consideración de que el caso fortuito, actuando como auténtico límite de la culpabilidad o como típica causa de inculpabilidad"

¹⁵¹ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 92 y 93

En consecuencia se distingue de los supuestos de error invencible, en que el resultado en el caso fortuito se produce como consecuencia de un "proceso causal" irregular.

En referencia al art. 563 bis-b, la jurisprudencia no se ha mostrado muy generosa en su aplicación, como lo demuestra la sentencia 8-10-75 que excluyó la apreciación del caso fortuito.

A nuestro entender, al ser el caso fortuito el límite inferior con la culpa, y no siendo aplicable la culpa inconsciente en la actual legislación del cheque en descubierto, el margen en la apreciación del caso fortuito debería de ser mayor, máxime si se tuviese en cuenta que dichas figuras delictivas, en mi opinión, tendrían que estar únicamente tipificadas de forma dolosa.

Pues en una gran parte de los casos de impago, al no efectuarse preceptiva, ni obligatoriamente, la retención de los cheques emitidos por parte del librador, en cuentas de gran volumen de negocio, la expedición de cheques por parte de los diversos cotitulares de las cuentas o apoderados con firma para ello, a veces se les hace casi imposible de controlar el saldo real de las mismas, con lo cual, el librar un cheque con fondos o no (el ser pagado un cheque o no), según seguiremos viendo, en muchas ocasiones, es una cuestión de "suerte o de lotería".

Por otro lado, hay que tener en cuenta que los criterios que se aplican por parte de los directores de Bancos y Cajas, en referencia a las "disponibilidades" que permiten a sus clientes, es ciertamente una cuestión casi imposible de clasificación de una forma exacta y certera, como lo demuestra la experiencia bancaria, dependiendo del propio tipo de Banco o Caja de Ahorros, de los problemas que tenga en concreto para conseguir clientela en la plaza donde se halle ubicada la sucursal, de la antigüedad del personal directivo, de su carácter comercial, del conocimiento y antigüedad de la clientela, también en gran parte del propio cliente en concreto, ya que los hay de los que no se les devuelve nada, a pesar de entrar en números rojos, de los que no se les paga nada, si no es con sus propios fondos, y el gran grupo de la mayoría de los que se les permite disponer según..., depende..., a veces..., en ocasiones..., según... etc..

3) Razones Subjetivas destructoras de la Culpabilidad en el Delito del Cheque en Descubierto.

Para ampliar el estudio de los supuestos de ausencia de formas de culpabilidad, cabe relacionar el causuismo propuesto por MAJADA [182] sobre esta materia:

¹⁸² Arturo Majada, *idem*, pág. 320 y 321

"a) El cheque se libra ignorando que han sido cargadas en la cuenta facturas de servicios públicos de agua, electricidad, teléfono, etc. que disminuyen su saldo.

"b) Al ser presentado al cobro un cheque, no es atendido por no haber dinero bastante en poder de la entidad bancaria; por causas que no constan, (por ejemplo) no se había abonado en cuenta corriente el importe de una remesa de letras de cambio para descontar.

"c) Desconocimiento por el librador de que ha sido cargada en cuenta corriente una letra de cambio impagada y previamente descontado por el mismo Banco.

"d) En el manejo de diversas cuentas corrientes el titular sufre un error (contable) al imputar cargos o abonos.

"e) En el caso de un talón (cheque) nominativo que el beneficiario descuida firmar al dorso y lo ingresa así para cobrarlo en su propia cuenta corriente, al ser presentado al Banco librado a través de la Cámara de Compensación, este Banco lo devuelve con la mención de "falta firma del beneficiario".

"f) Queda excluido el delito, si del extracto de la cuenta corriente de la entidad bancaria, se demuestra que en el momento de librarse y presentarse al cobro, había un saldo positivo y superior al importe del cheque, que no lo hizo efectivo por un error contable padecido por la citada entidad."

Por mi parte añadir, según mi experiencia:

g) En los periodos en que los titulares directivos de las sucursales suelen estar de vacaciones o ausentes, las "disponibilidades" de sus clientes suelen bajar drásticamente sin previo aviso, ya que se aprovecha estos periodos para dar un "toque" a los clientes más morosos.

h) Lo propio suele ocurrir, cuando la sucursal bancaria tiene controles por los propios servicios de inspección interna del Banco o Caja en cuestión.

i) Por el cargo de intereses deudores por parte del Banco, en base precisamente a esas "disponibilidades" que suelen producirse.

j) Devoluciones de cheques entregados por terceros y abonados en cuenta; o recibos o cualquier documento a parte de las letras antes mencionadas.

k) Desconocimiento por parte del librador, de cargos por tratamientos propios de tarjetas 48, Visa, Corte Ingles, etc.

l) Por reducción unilateral por parte del Banco o Caja, del límite del crédito otorgado.

ll) Falta de consolidación de abonos en cuenta (por remesa cheques a favor del librador por ejemplo), que impiden la disponibilidad.

m) Desfases de días en los abonos del librador, efectuados a través de otras sucursales bancarias.

Y cualesquiera otros casos análogos.

4) La Necesaria Supresión de la Incriminación Culposa del artículo 563 bis-b.

Como ya he mencionado anteriormente en referencia a la culpa [103], en el art. 563 bis-b actualmente sólo es aplicable la imprudencia temeraria (art 565,1), pero a mi entender cabe ir más lejos, analizando hasta que punto es justo que en el delito de cheque en descubierto se incrimine de ella al librador.

A pesar de estar en franca minoría con muchas voces autorizadas de la doctrina, no por ello voy a dejar de exponer razonadamente mi teoría.

Recuérdese el contenido sobre la culpa, en la famosa **sentencia del T.S. de 13-12-82**: "Es doctrina reiteradísima de esta Sala, como se pone de relieve en las SS. de 6 mayo, 9 junio y 10 julio del presente año 1982 (R. 2642,3513 y 4512), que el delito de imprudencia temeraria surge, cuando el análisis de los hechos pone de relieve que se ha faltado a la más elemental diligencia en la actividad o acción que realiza el sujeto activo del delito; este juicio valorativo se ha de formar teniendo en cuenta, que la mayor o menor intensidad de esta omisión en el cuidado del agente de la dinámica delictiva, ha de ser medida en: atención a las facultades psíquicas del agente, a la mayor o menor previsibilidad del evento o resultado acontecido como lesión en el bien jurídico protegido, a través de la relación de causalidad y concurrencia de cuantas circunstancias puedan

¹⁰³ En base a la Reforma 3/1989 del 21 junio (BOE 22-6-89), se suprimió del art. 565 el párrafo que decía "Al que, por infracción de reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto menor"

En consecuencia, en el art. 565 solamente se regula la imprudencia temeraria, dejando la simple imprudencia o negligencia -con o sin infracción de reglamentos- para los arts. 586 bis y 600, referidos a las faltas contra las personas y la propiedad, respectivamente. Que para el delito que nos ocupa no sirve.

infruir al mismo, y además de sin olvidar la gravedad de la infracción que supone el cumplimiento del deber que exige la norma de convivencia de la sociedad general y abstracta, y también la normativa que reglamentan ciertas actividades o profesiones de la vida humana, pudiéndose decir que de la conjugación de estos condicionamientos, la imprudencia es temeraria cuando se da la ausencia de diligencia mínima o se capta la falta de las más elementales medidas de cuidado" [154].

Es decir, la imprudencia temeraria se reserva para aquellas actuaciones, que sin ser queridas de una forma voluntaria o dolosa, incumplen con los más elementales deberes de cuidado, causando un "daño grave" tipificado y antijurídico [155]; ya que la calificación de lata (temeraria) o de leve (simple) depende de la diferenciación cualitativa de la imprudencia.

Según he intentando razonar y se ha visto en el epígrafe II de este capítulo, el libramiento de cheques sin fondos de forma culposa, no debe de ser considerada como una imprudencia "temeraria", ya que dentro del normal tráfico bancario, es un riesgo socialmente admisible.

Máxime si se tiene en cuenta, que el título valor que representa el cheque, socialmente lo es en base a la confianza personal que pueda tener el tenedor con el librador del mismo; es decir, socialmente se es conciente y así se acepta (a pesar de la penalidad del cheque en descubierto), de que el cheque vale lo que "vale" su librador.

Por otra parte, recuérdese el apartado segundo del art. 1.170 del Cód. Civil: "La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado".

Lo cual viene a corroborar, el planteamiento de que el cheque no tiene el mismo valor en el tráfico mercantil que la moneda, ni debe de sustituirla.

Téngase en cuenta que el bien jurídico que se pretende proteger (la seguridad del tráfico jurídico mercantil) no es un

¹⁵⁴ En igual sentido T.S. 19-6-69: "Toda imprudencia, y sobre todo la calificada temeraria, debe descansar en la omisión de elementales deberes de prudencia, ineludibles de observar a un en las personas menos diligentes y previsoras".

¹⁵⁵ Según criterio de la sentencia 25-11-87: "El error del procesado, originador de culpa, si bien vencible, no alcanza aquella gravedad e intensidad propia de la imprudencia temeraria, sino más bien una falta de cuidado de menor cuantía

bien jurídico tan fundamental, que deba de tener una especial rigurosidad en su penalización, máxime si se le considera ahora como un delito en abstracto, desligado de las defraudaciones.

Según señala SUAREZ MONTES [156], en la determinación del grado de la diligencia debida: "NO es aconsejable extremar el rigor, puesto que el medio más adecuado para la difusión del cheque como instrumento de pago en la vida moderna no es, sin duda, un rigor excesivo, que pueda ser causa de retraimiento en su empleo ante el temor de una responsabilidad penal".

Siguiendo un razonamiento de MAJADA [157], el extender un cheque con negligencia "no puede ser tan rigurosamente exigible, por ejemplo, como el de poner en peligro vidas ajenas con una conducta imprudente" [158].

En mi opinión, y ello me parece evidente, la penalización de la culpa ha de tener sus límites, si bien como indican COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [159] la incriminación de la misma a nivel general y teórico tiene sus ventajas [160], a nivel particular, habrá de verse en concreto cada figura delictiva la conveniencia o no de ello, en base a la hipótesis de si la figura legal requiere exclusivamente la forma dolosa de la culpabilidad o no, en especial, a los momentos anímicos y deber de cuidado exigible del sujeto, incompatibles con la imprudencia; o por limitaciones inherentes de los propios preceptos legales que lo incriminan o las propias limitaciones del derecho positivo [161].

En el caso de la figura delictiva del art. 563 bis-b, incriminación de la culpa en sus apart. 1 y 2, a pesar de ser

¹⁵⁶ Rodrigo Fabio Suarez Montes: "El Cheque en Descubierta"; Ediciones Ariel; página 15.

¹⁵⁷ Arturo Majada, idem, pág. 291

¹⁵⁸ Por ejemplo los art. 340 bis-b; 490; 565; etc.

¹⁵⁹ M. Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 436

¹⁶⁰ Según dicho autor:

- 1) En base al primado de la antijuricidad, si un hecho es típicamente antijurídico, parece, en principio, correcto castigar toda realización culpable del mismo.
- 2) Es intolerable la existencia de lagunas punitivas.
- 3) Evitar el recurso indebido a los jueces, de acudir siempre al castigo en la forma dolosa, para evitar la impunidad de conductas injustas y reprochables.

¹⁶¹ Por ejemplo la propia Constitución; o el simple art. 11 del Borrador de Código Penal de 1.990, si llegará a aprobarse

técnicamente posible, por razones de "justicia social" habría de excluirse la penalización culposa de la misma en toda su extensión.

Ya que por un lado, jurídicamente después la última reforma 3/89 de los arts. 565, 586 bis y 600, sólo le es aplicable la imprudencia temeraria o culpa consciente.

Por otro, porque el hecho de extender un cheque en descubierto, y por error vencible o imprudencia sea devuelto, no parece que socialmente sea un acto de tanta gravedad, para catalogar por ello a una persona de "delincuente" (con los inconvenientes de "labelling" que ello conlleva), pues tal hecho es muy fácil y probable que se produzca en los tiempos actuales, dentro del normal y voluminoso tráfico comercial y bancario.

En tercer lugar, téngase cuenta, la ligereza con que actualmente los Bancos y Cajas otorgan talonarios de cheques a sus clientes, máxime cuando no existe un control nacional de morosos, ya que en el R.A.I. [142] no figuran los CR impagados y es además un servicio privado.

Por otra parte y como cara opuesta de lo anterior, cabe esperar que con los nuevos sistemas informáticos que se están implantando en la Banca, ésta sea capaz de estar en condiciones para poder controlar e informar en un corto espacio de tiempo (máximo 24 horas a través de sistemas de interconexión bancaria a tiempo real) que cheques de los negociados por sus sucursales son conformes o no.

Además de la aparición de nuevos productos del tipo de las supercuentas, las cuales fomentan el mantenimiento de unos saldos acreedores de cierto nivel, o la posibilidad inmediata de un cierto límite de descubierto en cuenta.

En quinto lugar, por la discriminación de trato que sufre el librador con respecto al tomador del apart. 3 del art. 563 bis-b.

También y en sexto lugar, por lo que yo llamaría: igualdad de trato jurídico con la otra parte, en relación con las obligaciones contractuales.

Finalmente y sin pretender ser esto una lista cerrada, imaginense el injusto que puede llegar a producirse, al incriminar como delito en forma culposa, a un cheque en descubierto por ejemplo de 32.000 ptas., que con su actual penalización, puede alcanzarse a pagar más del triple sólo con la posible multa ("será castigado con la pena de arresto mayor o

¹⁴² Relación de Aceptaciones Impagadas.

multa de 100.000 ptas a 1.000.000 ptas."- art. 563 bis-b) [163].

Como dice QUINTERO OLIVARES [164] en referencia al "cuidado o prudencia exige: "Muchas veces ese cuidado no estará taxativa y legalmente descrito, aunque a veces así sea (por ejemplo, ciertas disposiciones del Código de la Circulación); entonces, el juzgador tendrá que determinar los límites de ese deber".

No debe olvidarse, como ya he apuntado, que el desarrollo social conlleva ciertos riesgos asumidos o peligros consentidos, y en el caso de sobrevenirse el mismo, no debe de cebarse en ellos el derecho Penal; acaso el Civil, el Mercantil o el Administrativo, pero no el Penal en nuestra opinión.

En contra del planteamiento de la supresión de la culpa en el art. 563 bis-b, los juristas más reáctos podrán esgrimir las argumentaciones de las famosas sentencias 25-9-79; 26-3-80 [165]; ó 26-4-84 [166] del Tribunal Supremo (por ejemplo), en favor de

¹⁶³ La ley Cambiaria 19/85 en su art. 149,4 dice: "El 10 por 100 del importe no cubierto del cheque y la indemnización de los daños y perjuicios.."

¹⁶⁴ Gonzalo Quintero Olivares, idem, pág. 355

¹⁶⁵ Sentencia 25-9-79: "Se actúa 'culposamente', cuando no hay conciencia de la falta de provisión de fondos, o de su insuficiencia, pero al librador le falló la diligencia elemental, exigible a un hombre de previsión media, de asegurarse suficientemente de la existencia de tales fondos, o con error vencible con tal diligencia -en relación con las sentencias 2-11-74; 27-2 y 12-4-75 21-5 y 15-11-77 entre otras-".

Sentencia 26-3-80: "Que radicando la estructura de la culpa en el incumplimiento del objetivo deber de cuidado, penalmente exigible, en virtud de cuya negligencia, no se preve un resultado antijurídico previsible, no existe obstáculo alguno para admitir que el delito de giro o libramiento de cheque en descubierto, tipificado en el núm. 1 del art. 563 bis-b puede ser cometido en la forma culposa, como ocurrió en el presente caso, en el que el acusado debió comprobar o cerciorarse debidamente antes de librarlo que existían fondos bastantes para hacerlo efectivo, por lo que al omitir tal cuidado librando el cheque sin tener provisión, el inculpaado desnaturalizó el documento vulnerando la protección debida a la 'seguridad del tráfico mercantil' y aunque no lo hubiera verificado dolosa o intencionadamente, sino por error perfectamente vencible, el emitente infringió por culpa el citado precepto."

¹⁶⁶ "Que en atención a la culpabilidad puede ser inculpaable a título de dolo o culpa, como acontece en el supuesto de que hubiese concurrido un error vencible.."

la "admisibilidad de la comisión culposa".

A las cuales cabe decir a priori, que son sentencias anteriores a la reforma 3/89 del 21 junio, que tanto afecta al tema de la culpabilidad y al principio de intervención mínima.

Por otra parte, también existe jurisprudencia en favor de la "no exigencia de una atención extremada" o de que "la negligencia no cabe en el supuesto de negociación por el tomador" [167].

Pero el más claro exponente en defensa de mi postura, lo encontramos en algunas sentencias del Tribunal Supremo, que a continuación expongo:

Las del 18-1-84 [168]; 15-2-84 [169]; 24-2-84 [170]; 14-5-84 [171]; 3-11-84; 20-12-84 [172].

Las del 21-1-85 [173]; 9-5-85 [174]; 30-12-85 [175].

¹⁶⁷ Ver sentencias del T.S. 24-11-71; 2-11-74 y 8-10-75

¹⁶⁸ CDQ.3: "No hay que olvidar que el campo propio de la voluntariedad la exigencia del art. 1 del C.P., es de esencia en el delito que se estudia, en tanto y cuanto el librador, al emitir el cheque, ha de hacerlo con la voluntad y consciencia de la carencia de fondos del librado al tiempo del vencimiento.."

¹⁶⁹ CDQ. 1: "...Se añadiría un elemento más en la actual figura del art. 563 bis- 1), esto es, que el librador conozca, esta falta de provisión de fondos, pese a lo cual libere la orden de pago, que el cheque representa, de donde nace su culpabilidad por dolo".

¹⁷⁰ CDQ. 1: "... con lo que el posible dolo de engaño, implícito en el art. 563 bis-b del C.P. desaparece..".

¹⁷¹ CDQ. 4: "Dada la definición del art. 1, cual es el conocimiento por parte del librador de esa falta o insuficiencia de medios.."

¹⁷² CDQ. 1: "Puesto que se trata de infracciones de mera actividad cuya perfección o consumación, o, mejor aun, sus complementos de la acción, se producen o concurren tan pronto, el agente, da o entrega, al tomador, el cheque con la conciencia de carecer de fondos suficientes, en poder del librado.."

¹⁷³ CDQ. 3: "...El que atribuye a dichos efectos, una vida asaz breve, y finalmente el dolo del agente -indispensable requisito puesto que el precepto estudiado, no puede contemplarse totalmente desconectado del total ordenamiento penal español, inspirado y fundamentado en la reprochabilidad culpabilista y en

la responsabilidad moral-.."

¹⁷⁴ CDO. 2: "A estos requisitos ha de añadirse otro de carácter subjetivo: el librador **ha de conocer** que al momento de presentar el cheque al pago no habrá fondos.."

¹⁷⁵ CDO. 1: "Es doctrina consolidada y recientemente expresada en las sentencias de 13 de mayo de 1.982; 18 de octubre y 5 de Noviembre de 1.983 que la diferencia entre el delito de cheque en descubierto y la estafa radica en que el primero no exige el propósito de defraudar, sino tan sólo la emisión o entrega del cheque o talón -cualquier otra que sea su finalidad- con conciencia de carecer de fondos en poder del librado, generalmente referida aquella entrega al pago de deudas preexistentes.."

Las del 24-1-86 [176]; 20-10-86 [177].

La del 3-5-88 [178].

Por todo ello, definiendo la postura de que entre los elementos de la culpabilidad del art. 563 bis-b, solamente tendría que **ser aplicado el dolo**; en base, además de por todo lo ya expuesto hasta aquí, por los siguientes principios y motivos:

-A los principios constitucionales de la presunción de inocencia (art. 24,2) y legalidad (art. 9,3), entre otros;

¹⁷⁶ TERCERO: "Sentado la precedente tipicidad delictiva, no cabe sustituirla por la invocada en el recurso de cheque en descubierto del art. 563 bis-b), por cuanto la prevista en éste no requiere, ni persigue el propósito defraudatorio, sino tan sólo la intención -con cualquier finalidad- de formalizar y entregar un talón bancario **conociendo la inexistencia** de fondos bastantes en poder del librado, siendo el bien jurídico la seguridad del tráfico mercantil.."

¹⁷⁷ "Se trata de infracciones de mera actividad, cuya perfección o consumación se produce tan pronto el agente da o entrega al tomador el efecto con la **conciencia** de carecer de fondos suficientes en poder del librado para que se atienda, debe entenderse como lugar del delito art. 14,1 L.E.Or..."

¹⁷⁸ CDO. 4: "Como es notorio por repetidísimo la 'ratio essendi' del precepto consignado en el art. 563 bis-b del Cód. Penal, es la necesidad de proteger el tráfico mercantil robusteciendo el valor y la credibilidad del cheque, tratando de evitar, mediante la amenaza penal, el que el librador expida tales documentos sabiendo que en la fecha consignada en los mismos **carecerá de disponibilidad** en poder del librado para que puedan ser hechos efectivos..."

- Al principio penal de la "proporcionalidad" en la pena, por su excesiva y unitaria penalidad;
- Al principio penal de la "intervención mínima" (del preámbulo de la Ley Orgánica 3/89);
- Así como del Preámbulo de la Ley 15-11-71, que dió vida al art. 563 bis-b;
- Al confuso factor clave del delito: "las disponibilidades" del librador [¹⁷⁷];
- A la "ineficacia" de su excusa absolutoria (cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro, ya que no es norma bancaria el comunicar las devoluciones a sus clientes);
- A la "ambigua y contradictoria" redacción del art. 563 bis-b con la Ley cambiaria 19/1985; y
- Por el art. 11 del Borrador de 1990m del Código Penal
- Al principio procesal "in dubio pro reo";

Para apoyar estos planteamientos, sirvan como ejemplos ilustrativos dos casos prácticos:

Imaginemos que al extender un cheque, se le pasan por la imaginación del librador varias cosas (demorar el pago más de 15 días para poderlo volver por posibles defectos en las contrapretaciones o incumplimiento de contrato; que el cheque se pueda devolver por posibles causas imprevistas o por simple resultado aleatorio de un saldo deudor; que se tenga dudas sobre el cobro de unos efectos abonados, etc. etc.) y que por nuestros controles inhibitorios o por que el librador "confía" en que esto no ocurra, o en caso contrario, "confía" en que el librado (Banco o Caja) le avisará del descubierto antes de proceder a su devolución; el librador no toma ninguna medida "especial de retención de saldo", cosa que suele ser habitual [¹⁸⁰], a no ser que lo solicite el tenedor [¹⁸¹]; ocurriendo que a su presentación el cheque es devuelto, produciéndose el impago.

¹⁷⁷ Recuérdose lo tratado en el capítulo III, epígrafe IIId

¹⁸⁰ "Por la cumplimentación de conformidad, según art. 110 de la Ley Cambiaria, se percibirá una comisión del 1 por mil, con un mínimo de 400 ptas. por documento" nota B.E. 12-12-90

¹⁸¹ "Si el cedente solicitase la obtención de conformidad telefónica del Banco librado, se percibirá una comisión adicional de 550 ptas. por documento" nota B.E. 12-12-90 (Además de la conferencia telefónica)

¿Acaso habrá de buscarse en el interior del cerebro del librador, para saber si se le representaron tales hechos como probables o no?, al objeto de determinar si la acción es dolosa o culposa y en que grado.

En tal caso, los aparatos y fármacos de detección de mentiras habrían de admitirse como pruebas válidas en juicio, cosa que no es así [182].

Por otra parte, por todos es conocido cuan arriesgado pueden ser "las hipótesis" para determinar la culpabilidad.

Y finalmente ¿Como se demuestra el pensamiento?. ¿No es cierto que el pensamiento de delinque? [183].

Imaginemos otro caso, al querer extender un cheque el librador comprueba diligentemente que no existen todos los fondos suficientes o saldo acreedor en su cuenta, éste acude a su Banco o Caja para ver si lo puede extender, el director de la sucursal le dice de palabra que no hay ningún problema (que goza de disponibilidad suficiente), posteriormente y durante el periodo que media entre la expedición y la llegada de dicho cheque al cobro, se presenta la inspección bancaria en la sucursal o por cualquier otra circunstancia el director empieza a recortar las "disponibilidades" de sus clientes o cliente en concreto, en consecuencia el cheque se devuelve.

¿Donde está la culpa?, en el librador o el librado.

En consecuencia, para muchos los casos de cheques en descubierto, habrá que verse tanto la voluntad y ánimo del librador como del librado, ya que este último, es quien otorga un poco arbitrariamente, las disponibilidades de sus clientes.

Finalmente téngase en cuenta, y por todos es conocido, que una gran cantidad de clientes no operan con sus propios fondos o saldos acreedores de sus cuentas corrientes, sino que lo hacen en base con la "disponibilidad" que en las mismas les otorgan los directores de Bancos y Cajas, en base a su confianza como clientes [184], aunque esto no está estipulado de ninguna forma exacta ni escrita, sino que más bien depende de la "mano larga o corta" de dichos directivos (extralimitándole en muchas ocasiones), por eso los libradores nunca saben exactamente cual

¹⁸² Para más información ver la obra de Quintano Ripolles: "Narcoanálisis y Derecho Procesal".

¹⁸³ Rodríguez Devesa; idem; pág. 441

¹⁸⁴ Pues los saldos de las cuentas suelen fructuar entre el signo acreedor y deudor.

es las disponibilidades reales de sus cuentas.

Resumiendo, no debería de caber la imprudencia temeraria en las figuras delictivas del art. 563 bis-b, ya que en buena lógica, todo cliente (librador) que no efectue una retención de su saldo acreedor de una forma concreta, por el importe de los cheques que vaya extendiendo [¹⁸⁵], ya de por sí está admitiendo la posibilidad o probabilidad de que dicho documento pueda ser devuelto por cualquier causa.

En consecuencia, por una parte tenemos, que esta forma de culpabilidad puede estar "compartida" tanto por el librador y por el librado, ya que en muchas ocasiones depende del estado de ánimo de éste último para que se produzca la devolución o no, o sea se consuma el delito, cuya actuación no está tipificada; y por otro, porque el "trabajar" los libradores en el ámbito bancario, a veces sin sus propios fondos, es un hábito socialmente admitido, por lo que no entraña ningún peligro social "grave", ya que en las cuestiones de los medios pago, el posible tomador de un cheque, se basa más por la confianza que le pueda ofrecer el librador, que por la famosa seguridad del tráfico mercantil.

Todo lo cual nos da un indicio, de que lo que se tiene que potenciar es la formalidad de los libradores, y el derecho Penal es la manera más brutal y tosca para hacerlo, siendo un reconocimiento internacional que la filosofía más positiva es la preventiva, empezando por las normas Bancarias.

Además de que si el tomador aceptara el cheque sabiendo o previniendo la insolvencia de aquél, tal hecho no sería delictivo, según sentencias T.S. 25-2-75, 18-3-75, etc. [¹⁸⁶], lo cual creo yo que conduce la tipificación del art. 563 bis-b al absurdo, en relación con su jurisprudencia.

¹⁸⁵ Las conformidades interbancarias solamente se dan actualmente en cheques de entre 50.000,- y 1.000.000,- ptas.

¹⁸⁶ Para ampliación ver capítulo III, epígrafe VI, 1)

CAPITULO SEXTO

MODOS Y FORMAS DE APARICION DEL DELITO EN EL ART. 563 BIS-B

MODOS Y FORMAS DE APARICION DEL DELITO EN EL ART. 563 BIS-B

Según indican los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [1]: "Un hecho humano adquiere el carácter de delito, por su valoración como típicamente antijurídico y culpable".

Con lo cual se configura, según la mayoría de la doctrina, a la antijuricidad y la culpabilidad como los dos pilares básicos en la estructura de la Teoría del delito.

No obstante, no toda la doctrina está de acuerdo en excluir a la acción como un carácter esencial del delito, ni en todas las etapas históricas se ha tenido el mismo concepto [2].

Como apuntó MEZGER la acción es: "Un sustantivo al que se añaden las restantes características como adjetivos y atributos".

Incluso actualmente ANTON ONECA señala: "El delito no es nunca el pensamiento de delinquir, sino 'la acción' conforme a ese pensamiento". Para dicho autor, el concepto de la acción es el tema central en la teoría del delito. [3]

En cualquier caso, la Teoría del delito no quedaría completa si en su análisis no se incluyera el estudio de los modos y formas de aparición del delito, es decir, el ¿cómo?, ¿quién? y ¿dónde?, pues las mismas nos ayudarán a comprender en su totalidad, cuales son las circunstancias concretas del delito, que determinarán su posterior punibilidad.

Por ello dentro de este capítulo voy a desarrollar el estudio de los modos de realización; las formas de intervención; así como el tiempo y lugar del delito, y finalmente el concurso de delitos aplicado al artículo 563 bis-b, si bien este último epígrafe también podría haberse desarrollado dentro del capítulo siguiente, el hacerlo aquí es para poder profundizar mejor sus relaciones con otros delitos como estafa y la falsificación.

¹ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón; *idem*; pág. 529

² Según señala RODRIGUEZ RAMOS; en *idem*; pág. 162. A lo largo de la dogmática penal se han barajado tres teorías: 1) La Causalista (conducta humana producida por la voluntad y que produce un cambio en el mundo exterior); 2) La Finalista (conducta humana dirigida por la voluntad hacia un determinado resultado); y 3) La social (relación valorativa de comportamientos del individuo con el mundo social).

³ José Antón Oneca, *idem*, pág. 183

1) MODOS DE REALIZACION

La vida del delito suele llamarse por la doctrina "el iter criminis". El mismo se comprende como el periodo de tiempo que va desde que se concibe la idea de cometer un delito, hasta que el autor consigue lo que se ha propuesto, pasando por una serie de fases donde se desarrolla.

Estas fases pueden clasificarse principalmente en dos: Interna y Externa.

1) La Fase Interna en General.

Se desarrolla en la psique del sujeto, sin transcendencia aparente hacia el mundo exterior.

Por eso la jurisprudencia y la doctrina entienden, que los "actos" de esta fase, mientras no se manifiesten al exterior son impunes; como decía RODRIGUEZ DEVESA "El pensamiento no delinque".

Dicha fase está constituida por todos los momentos o cambios de ánimos del individuo, por los cuales se formaliza su voluntad criminal.

Estos cambios de ánimo pueden estar formados por: la ideación de cometer el delito, donde el sujeto **deliberará** en mayor o menor intensidad [⁴] sobre esa idea, sobre la cual posteriormente tomará una **resolución**, siendo la misma a favor o en contra de realizar el delito. [⁵]

En el caso del delito de cheque en descubierto, la forma e intensidad de las mismas determinarán su modo de ejecución.

Según el profesor SAINZ CANTERO [⁶], el límite último de esta fase se encuentra cuando el individuo manifiesta al exterior su resolución, mientras tanto, tal como lo hemos anticipado, dichos pensamientos son impunes por si solos.

Esto se deduce en nuestro Código penal de los art. 3 y 4,

⁴ Lo que determinará el dolo o la culpa, según vimos en el capítulo anterior.

⁵ Según los Factores Criminológicos en la Creación del Delincuente (psicológicos; biológicos; sociológicos; y la "mala suerte") que trato en otro lugar.

⁶ José Ant. Sainz Cantero, idem tomo III; pág. 148

que sólo declara como punibles los hechos exteriores, y aun dentro de éstos, solamente los tipificados.

2) La Fase Externa en el Delito del art. 563 bis-b

Dicha fase comienza cuando la resolución criminal se manifiesta al exterior, pero no toda manifestación de voluntad al exterior se penaliza, sino solamente las que determina la ley.

De una forma esquemática se pueden reflejar los modos de realización del delito que se penalizan en la fase externa:

- manifestaciones de resolución criminal [7]
- actos preparatorios (conspiración (art. 4,1)
(proposición (art. 4,2)
(provocación (art. 4,3)
- actos de ejecución (..... (frustración (art 3,2)
(ejecución imperfecta (tentativa (art 3,3)
(delito imposible 52
(ejecución perfecta = consumación = tipos

Según señalan los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON: "La preparación del delito se diferencia de la simple manifestación de voluntad criminal en que aquélla se dirige a la ejecución, mientras que en ésta puede llevarse a cabo sin tal finalidad".

Los partidarios de la impunidad de los actos preparatorios- según dichos profesores- se basan en la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico [8].

En el caso del art. 563 bis-b, es indudable que el librador que manifieste abiertamente que va a extender un cheque sin fondos, que tal hecho no lesiona ningún bien jurídico, sino todo lo contrario, está haciendo honor a la verdad y en consecuencia favorece la seguridad del tráfico mercantil, por lo que logicamente su cheque no será aceptado por el tenedor, y si lo fuera, este cheque en descubierto no sería delito en este caso.

7 Algún autor como JIMENEZ DE ASUA, entiende que algunas manifestaciones como las amenazas no tienen el carácter de una resolución criminal, sino que son meras bravatas, las cuales no tienen resolución criminal. Lo cual no es compartido por los criterios legislativos vigentes, ya que las mismas están penalizadas en varios artículos del Cód. penal (arts. 493 y ss)

8 Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 535

La penalización genérica de los actos preparatorios, es rechazada por quienes abogamos por el principio de "mínima intervención" del Derecho penal.

No obstante, nuestro Código penal tipifica algunos casos particulares, por "la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal"^[9]. O "las características de ciertos bienes jurídicos justifican a veces un adelantamiento de la línea de defensa social" ^[10]

Esto ocurre con el art. 4 por ejemplo ^[11]. En dicho artículo se tipifica la conspiración, la proposición y la provocación.

En el delito de cheque en descubierto tales hechos son muy frecuentes, pues imaginemos a varios cotitulares de una cuenta corriente **conspirando** para extender un cheque en descubierto o hacer una "rueda de cheques" entre varios Bancos; o varios industriales o uno de ellos **propone** al otro hacer lo antes mencionado; o incluso se dan los casos de ser en algunas ocasiones los propios directivos de las sucursales de los Bancos y Cajas, quienes **provocan** a sus clientes para que cubran sus saldos deudores con cheques de otros bancos, aunque estos sean sin fondos ^[12].

Pero lo que ocurre en la realidad es, que tales hechos son difíciles de probar por una parte, y por otra, si el delito o delitos llegan a consumarse, los efectos punitivos sobre estos actos preparatorios quedan absorbidos por la ejecución del propio delito o delitos (estafas, apropiaciones indebidas, etc).

Trazar la línea divisoria entre los actos de preparación y los de ejecución es relativamente fácil a nivel teórico. Según COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON ^[13]: "Preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior. Ejecutar el delito es por el contrario, dar comienzo a la realización del hecho típico".

⁹ Santiago Mir Puig; idem; pág. 359

¹⁰ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 536

¹¹ Otros ejemplos específicos pueden ser los art. 264, 314, 315, 416, 509, etc. (Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 151)

¹² Con ello se logra cambiar de signo el saldo de la cuenta y la fecha de antigüedad del mismo; además de tener un "arma" penal para intimidar al propio cliente en caso necesario.

¹³ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 532

La problemática surge a nivel práctico, pues habrá de analizarse la tipicidad de cada delito para saber cuando termina una y empieza otra.

En el art. 563 bis-b, tal como hemos visto en el capítulo III, la acción de librar empieza con la extensión o relleno del cheque, pasando por la suscripción o firma del mismo, y termina con su entrega al tenedor.

Al ser dicha figura delictiva de simple actividad, pues no requiere ningún resultado posterior, el delito se consumará al momento de extenderse y entregar del cheque, ya que éstos pueden ser distintos, según se verá en el epígrafe II.

Sin embargo como señala CORDOBA RODA [¹⁴], comentando la sentencia del 28-1-89 de la Audiencia de Barcelona [¹⁵]: "La acción puede estar constituida por una pluralidad de actos sin que por ello se desvirtue su carácter unitario".

Por ello al Derecho penal, sólo le interesan y se limitará a los actos tipificados, o sea, la acción antijurídica (u omisión).

Como señala SAINZ CANTERO [¹⁶], los elementos de la acción pueden desglosarse en:

- 1) La voluntad, como suceso psicológico interno.
- 2) La conducta corporal externa, unida por un nexo causal.
- 3) El resultado [¹⁷] prohibido.

¹⁴ Juan Córdoba Roda: "La Acción como Presupuesto del Delito", Revista Jurídica de Cataluña II, página 117

¹⁵ En los fundamentos de derecho de dicha sentencia se recogen: a) La acción puede estar constituida por una pluralidad de actos sin que por ello se desvirtue su carácter unitario; b) Una sola acción así entendida, corresponde por regla general a un solo delito, de modo que los actos integrantes de aquella, aún pudiendo ser constitutivos de otras figuras delictivas, quedan absorbidas en el tipo más grave que los abarca; c) No obstante, una sola acción puede constituir dos o más delitos (concurso ideal) o por el contrario, una pluralidad de acciones pueden constituir un solo delito de lo llamados continuado.

¹⁶ Sainz Cantero, idem, página 243

¹⁷ Como apunta José Antón Oneca, idem, pag. 185. Existen delitos de "simple actividad" o formales, que la acción se agota con el movimiento corporal, por ejemplo el falso testimonio; y delitos "materiales" o de resultado, como por ejemplo el homicidio

4) La relación de causalidad, como efecto natural de la conducta y el resultado exterior, siempre que sean delitos materiales.

En consecuencia y como indican F. MORALES y M. FRATS [¹⁸] en referencia al delito: "Lo primero que ha de producirse (en el delito) es un acto del hombre (acción), para luego comprobar si es típico, antijurídico y culpable".

En referencia a las acciones de los apartados segundo y tercero del art. 563 bis-b, habría que aplicar los mismos razonamientos, ya que se entiende que son figura tipificadas como de simple actividad, pero en mi opinión [¹⁹], la del párrafo segundo es propia de un delito de resultado, tal como veremos a continuación al hablar de las formas imperfectas de ejecución.

a) Ejecución imperfecta [²⁰], Esta se produce según SAINZ CANTERO [²¹]: "Cuando el sujeto realiza parte, o la totalidad de los actos de ejecución que deberían producir el resultado esperado y éste no se produce por una causa ajena a su voluntad"

Siguiendo la normativa legal, esto se realiza a través de la frustración, la tentativa, y el delito imposible. Veámoslo:

-Existe **delito frustrado** según el art. 3,2 del C.P. "Cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, y sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente".

Doctrinalmente se entiende que en el delito de cheque en descubierto no puede darse la frustración, ya que al mismo se le considera como un delito de simple actividad o formal, pues si el sujeto activo practica todos los actos de ejecución el delito queda consumado, salvo en mi opinión, en el párrafo segundo del art. 563 bis-b, ya que si se analiza, en la tipicidad se exige que la acción de retirar cause un resultado, impedir su pago.

Con lo cual la consumación de esta figura delictiva se está trasladando al momento de la presentación, pues para saber si

¹⁸ En la obra de Gonzalo Quintero Olivares: "Derecho Penal P.G."; editorial Gráficas Signo; página 253

¹⁹ Tal como expuse en el capítulo III

²⁰ Para SUAREZ MONTES, el delito del cheque en descubierto: "Admite como cualquier otro, las formas imperfectas de ejecución" *idem*, pag. 73

²¹ Jose A. Sainz Cantero; *idem* tomo III pág. 158/159

Imaginemos el caso de que un librador no quiere pagar un cheque por la causa que sea, y retira los fondos de su cuenta para impedir su pago, pero ocurre que en la misma cuenta se le abona a su favor una transferencia cualquiera (de sus clientes, parientes, premios, Hacienda, etc), o se produce un abono a su favor no previsto (error contable, concesión de crédito inesperado, no verificación de los adeudos con que contaba, etc.) y llega el momento de la presentación y como existe saldo suficiente el cheque es pagado, porque los Bancos o Cajas en virtud del art. 138 de la Ley Cambiaria [22] no pueden atender la orden de no pagar, además de que el truncamiento contable de cheques se efectúa automáticamente si existe saldo suficiente.

La frustración en el tipo párrafo segundo es evidente, pero como el cheque es pagado ¿A quién le importará la frustración?

-Hay tentativa según el art. 3,3 del C.P. "Cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".

La doctrina la diferencia del "desistimiento en tentativa" (es impune, salvo si no hubo resultado) en que la tentativa en sentido estricto, la ejecución se interrumpe por una causa ajena a la voluntad del autor, cosa que no ocurre en el desistimiento, pues en éste caso la causa es por propia voluntad.

Mayoritariamente se entiende [23], que la tentativa no es posible en el delito tipificado con el art. 563 bis-b del cheque en descubierto.

Al igual que la jurisprudencia del T.S. ha establecido de modo general, que en los delitos de mera o simple actividad y de peligro, no se admiten virtualmente las formas imperfectas de ejecución. [24]

Sin embargo, los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON afirman con carácter general que: "en los delitos de mera actividad es imposible la frustración, pues si se realizan todos los actos se produce la consumación, siendo posible, en cambio,

22 Art. 138: "La revocación de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación".

23 Los mismos que afirman que el delito del art. 563 bis-b es un delito de simple actividad (Vives Antón; Majada; J. Queralt

24 Sentencias 3-12-82, 3-5-83, etc. (en Cód. Penal -Colex)

la tentativa". [25]

Lo cual en nuestra opinión, abre el debate sobre la posibilidad de la tentativa en el art. 563 bis-b.

Como ya mencioné más arriba, la acción de librar del tipo primero comprende: el extender un cheque, estar firmado por el librador, y ser entregado a un tercero. Con lo cual sería posible la tentativa si el cheque no fuese entregado al tenedor, por perderse la carta en Correos, u otra causa ajena al librador.

En cambio el tipo del párrafo segundo, según también lo he expresado, entiendo que es una forma delictiva de resultado, por lo cual sería factible la tentativa. Dar el librador orden de no pagar un cheque al Banco o Caja librado, y éstos no hacer caso de dicha orden en virtud del art. 138 Ley Cambiaria.

En cuando al tipo del párrafo tercero, la acción de entregar a otro equivale a negociar, lo cual conlleva primero el tener un cheque sin fondos y luego intentar negociarlo, este intento puede dar resultado positivo o negativo, en el primer caso se consuma el delito, en el segundo habrá sólo una tentativa [26].

Cabe concluir pues, que tanto la frustración como la tentativa quedarán excluidos en los delitos imprudentes, no así la tentativa en los de simple actividad.

-El delito imposible. La doctrina entiende que es una tentativa inidonea. No se recoge en el Código Penal, salvo el art. 52,2 que habla sobre su punibilidad.

Para el profesor SAINZ CANTERO, existe el delito imposible cuando el sujeto realiza todos o parte de los actos de ejecución, que según su plan deberían producir la consumación del delito y éste no se produce por inidoneidad de los medios o por inexistencia del objeto material.

Ejemplos de esta figura penal, podrían producirse cuando en el cheque fuese de una cuenta ajena, imaginaria, cancelada, o el documento no fuera realmente un cheque, pues no existiendo ánimo de defraudar o estafar [27], el caso sería un delito de falsedad del art 302,1 ó 9 según STS. 27-3-84, pero no del art. 563 bis-b.

²⁵ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón; idem; pág. 541

²⁶ No habrá frustración porque el tipo no se ha cumplido íntegramente, es decir, no se llega a negociar.

²⁷ Lo cual no deja de producir una cierta discriminación del tratopenal entre los libradores. A pesar de que se mantenga la obligación civil por daños en el art. 117 de la Ley Cambiaria.

Finalmente es de advertir, que al igual que los actos preparatorios, todos estos actos de ejecución, para efectos punitivos son subsidiarios respecto a la consumación, es decir, sólo serán apreciadas como delitos autónomos, cuando "no" se produzca la consumación, pues en caso contrario, quedan absorbidos por ésta, según reza el art. 68 del Cód. Penal.

b) Ejecución perfecta, o sea, la consumación. La cual fue definida por RODRIGUEZ DEVESEA diciendo: "La consumación se produce cuando se ha realizado íntegramente la conducta tipificada por la ley" [28].

Tal como dije en su lugar, los criterios sobre este respecto se encuentran divididos [29]; si bien en la jurisprudencia actual predomina el criterio de considerar al art. 563 bis-b en toda su extensión como un delito de mera actividad, según sentencias del T.S. del 21-4-89 y 16-5-89.

En consecuencia, la consumación del delito de cheque en descubierto se producirá en el momento en que se extiende y se hace entrega del cheque [30]. Lo cual en mi opinión no aclara cuando se consuma el delito en los todos sus párrafos.

Como vimos en el capítulo III, epígrafe IV, así como en lo que se lleva dicho en éste, los delitos de mera o simple actividad (formales), la consumación se produce cuando se han practicado todos los elementos del tipo, es decir, por el mero hecho de realizarse el mismo. Tal como en mi opinión ocurre con la tipicidad del art. 563 bis-b en sus párrafos 1 y 3.

Mientras que en los delitos materiales, la consumación se realiza cuando se produce el resultado en el mundo externo, es decir, cuando existe una relación de causalidad entre la conducta corporal y el resultado, en virtud de la cual puede afirmarse que la primera ha sido la causa del resultado producido [31].

A mi entender, ésto es lo que realmente ocurre con la tipicidad el párrafo 2 del art. 563 bis-b, ya que la misma se condiciona a un resultado, el impedir su pago, propio de un delito material o de resultado, lo cual se rompe con la naturaleza del párrafo primero, que es propia de un delito formal.

28 José M. Rodríguez Devesa, *idem*, pág. 727

29 Capítulo III, epígrafe IV

30 Según sentencia T.S. 16-3-90

31 Jose A. Sainz Cantero, *idem* tomo II, pág. 245

II) FORMAS DE INTERVENCION

Tal como dijimos en su lugar, las diferentes figuras delictivas que se tipifican en la Parte especial del Derecho penal, tienen que ser realizadas por el sujeto activo [³²], el cual puede ser una sola persona o varias de ellas, las cuales podrán actuar como autor o coautores principales de los hechos, o bien sólo actuar como auxiliadores de los primeros, este segundo caso se conoce como partícipes del delito.

Por consiguiente, el penalista para analizar las diferentes formas de intervención dentro del delito y en concreto del art. 563 bis-b, lo primero que habrá de tener en cuenta, es saber si al sujeto activo le es imputable el delito concreto o no, es decir, ver que no exista ningún supuesto de inimputabilidad [³³]

En segundo lugar, determinar la naturaleza material de su aportación al delito concreto, al objeto de saber la clase de responsabilidad criminal en que haya incurrido. [³⁴]

Según el art. 12 C.P., las formas de intervención en el delito se componen de los siguientes elementos personales: "Son responsables criminalmente de los delitos y faltas

1) Los autores; 2) Los cómplices; y 3) Los encubridores".

De los cuales sólo en los dos últimos se presupone una actuación pluripersonal.

Pero veamos con cierto detalle cada una de dichas formas de intervención, ya que el art. 14 considera no sólo autores de los delitos a los que toman parte directa en la ejecución de los hechos, sino también a los inductores y a los cooperadores necesarios; siendo los cómplices, según en el art. 16, los cooperadores no necesarios [³⁵].

Los encubridores están definidos en el art. 17, considerando la doctrina que no es una verdadera forma de participación [³⁶].

³² Tal como se explica en el cap. III, epígrafe II)

³³ Cuestión tratada en el cap. IV, epígrafe I,1)

³⁴ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 549

³⁵ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 549

³⁶ Según Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 203: "El encubrimiento no es una verdadera forma de participación".

1) Los autores.

Según COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [37], el autor: "Será el que en el sentido propuesto (tesis objetivo-formal), toma parte directa en la ejecución de los hechos, es decir, el que ejecuta, siquiera parcialmente, el injusto tipificado por la Ley".

En cambio para RODRIGUEZ MOURULLO el autor puede definirse como: "Quién realiza antijuridicamente y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva" [38], o sea, de un modo directo o bien indirectamente.

En el art. 14 del C.P. "Se consideran autores:

- 1) Los que toman parte directa en la ejecución del hecho.
- 2) Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.
- 3) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado."

Como se observa, nuestro Cód. penal engloba dentro de la categoría de autores, no sólo al autor en sentido estricto [39], sino que por cuestiones de Política criminal, incluye también a los inductores y a los cooperadores necesarios, es decir, se inclina por un concepto amplio de la autoría, al incluir algunas formas de participación.

En referencia al delito de cheque en descubierto, comparto la opinión de CALBO DEL CASTAÑO [40], sobre que las tres formas de autoría antes mencionas (ejecución directa, inducción y cooperación necesaria) resultan posibles de realizar en toda la tipicidad del art. 563 bis-b.

Lo cual voy a exponer a continuación, siguiendo una sistemática clásica, ya que para la doctrina mayoritaria, dichas formas de autoría se pueden agrupar en dos clases básicamente: la inmediata y la mediata.

-La inmediata o directa. Se produce cuando el autor o los coautores ejecutan el tipo por sí mismo (art. 14,1 C.P.).

37 Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 557

38 Citado por Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 176

39 Enrique Gimbernat Ordeig: "Autor y Cómplice" pág 215

40 Vicente Baldó del Castaño, idem, pág. 575

Para los profesores COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [41], será única "cuando una sola persona realiza la totalidad del tipo"; existiendo coautoría [42] "cuando la totalidad del tipo se lleva a cabo entre varios autores".

En el delito de cheque en descubierto, el autor principal es el librador titular de la cuenta o su mandatario, y el tomador del cheque en su caso [43].

Aunque en mi opinión, existen ocasiones en la forma culposa de este delito, que la autoría será imputable tanto al librado como al propio tenedor [44].

Como ya dije, la coautoría es posible en el delito del art. 563 bis-b cuando existen varios autores principales. Por ejemplo, en el caso de librarse un cheque con la firma de todos o algunos de los titulares de una cuenta corriente, el caso más habitual son las cuentas conjuntas o mancomunadas.

Caso especial dentro de la autoría en el delito de cheque en descubierto, está la realizada por los mandatarios o representantes legales de una sociedad mercantil titular de una cuenta corriente.

Antiguamente el Tribunal Supremo mantenía el criterio del "acuerdo previo" entre los codeficientes, para que todos respondiesen sin más como autores de un delito. Ello fue motivo de duras críticas por la doctrina, en especial las de GIMBERNAT, ya que según él, ello conducía injustamente hacia la desaparición de la complicidad [45].

⁴¹ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág. 557

⁴² En la sentencia 5-3-84 T.S., se efectuó una brillante definición de los conceptos al decir: "Como fue definido en el congreso de Derecho Penal de Atenas de 1957 y más modernamente calificando de autor el concurrente que ejecuta la acción descrita como nuclear en el tipo penal; y cómplice el que realiza o ayuda a realizar cualquiera de las conductas secundarias o accesorias, es decir, el partícipe realiza una acción que por sí sola no realiza la figura típica; y coautor sería el concurrente que juntamente con otros realiza en todo o en parte alguno de los elementos esenciales del tipo penal aplicable, cooperando causalmente en la ejecución de la acción prohibida".

⁴³ Según sentencias T.S. del 29-1-90 y 14-5-90

⁴⁴ Ver mis argumentaciones expuestas en cap. IV, epí IV, 4)

⁴⁵ Enrique Gimbernat Ordeig en "Autor y Cómplice en D.Penal"

Actualmente el criterio jurisprudencial a cambiado, siendo el problema resuelto en gran parte gracias a la introducción del art. 15 bis que dice: "El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y si en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo".

Pero como indica GRACIA MARTIN [46]: "¿Sobre cual o cuales de las personas físicas componentes de la jurídica debe de recaer la responsabilidad penal?".

Cuestión que habrá de responderse en base a dos requisitos. Primero, que la persona en cuestión haya realizado la acción típica. Segundo, que dicha persona ocupe un cargo social [47].

En referencia al primero de ellos no existirá problema, ya que nos remitiremos a los planteamientos básicos del Derecho penal, así como al análisis de los elementos personales del propio tipo delito.

En cuanto al segundo la cuestión se complica, ya que nos tendremos que remitir a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, la cual es analizada en forma general en sus sentencias 2-12-72, 2-6-73, 19-1-74, 19-2-81 entre otras, y de forma particular en el cheque 18-10-66, 17-5 y 17 y 25-6-68, 4-7-69, 8-10-70, 11-12-70, 29-10-86; 29-1-90; etc.

Llegando a la conclusión, de que para engendrar responsabilidad penal, el directivo o administrador habrá de ser competente, es decir, detentar el poder o el dominio sobre el ámbito social en el que se produjo el acto ilícito.

-La mediata o indirecta. Esta forma de intervención se produce cuando quién realiza el tipo, lo hace a través de otra persona, la cual es utilizada como un simple instrumento de la acción. Como vimos antes se dan dos supuestos (art. 14, 2 y 3).

El primero se refiere a la inducción. Según el art. 14,2 es quién o quiénes realizan el delito indirectamente, a través de tercero o terceros, bien porque les fuerzan o inducen a ello, utilizándolos como mero instrumento de la ejecución.

La jurisprudencia entiende que tiene que ser un estímulo directo y eficaz, no basta el mero consejo o la simple aprobación

46 Luis Gracia Martín, idem tomo II, pág. 22

47 "Dominio social", según Gracia Martín, idem II, pág. 23

del proyecto. [46]

No existe inducción si el inducido ya tenía previamente intención de delinquir, es decir, cuando la voluntad criminal ya existía anteriormente.

Según la doctrina, el inductor sólo responde del delito a que indujo, no de los que por su cuenta puede cometer el inducido; así mismo si el inducido desiste en tentativa, los beneficios de ésta alcanzan al inductor [47].

Sirva a título de ejemplo sobre la inducción en el delito de cheque en descubierto, el caso de que en algunas ocasiones, a pesar de ser éticamente reprochable, los directores de Bancos o Cajas exigen a ciertos de sus clientes, la expedición de cheques (aunque sea sin fondos), para al menos tener las cuentas de los mismos unos días con saldos acreedores (los días que tarda la devolución), a efectos de cubrir sus saldos negativos a final de mes o año, o efectuar un cambio de signos de los antiguos saldos deudores de sus cuentas.

También algunos clientes suelen proceder a la inducción, al efectuar entre sí "rueda de cheques"[48], incluso llegando en algunos casos a cometer delito de estafa.

Sin embargo conviene aclarar como señala GIMBERNAT [49], que en los delitos especiales como el del art. 563 bis-b, "el 'extraneus' (un no librador) no puede ser autor mediato", es decir, no puede ser autor mediato (indirecto) el que no es un sujeto activo tipificado (caso del cheque de cuenta ajena); en cambio el "intraneus" (el librador) si puede ser autor mediato aunque utilice un extraneus para realizar el delito (caso del mandato representativo). [50]

46 Según S.T.S. 25-6-85 los requisitos esenciales son: 1) Ser anterior, 2) Ser directa, 3) Ser eficaz, y 4) Ir seguida de la ejecución del delito o cualquiera de sus formas imperfectas.

47 Si el delito no llega a cometerse, queda la posibilidad de penar al inductor como provocador, si se cumple el contenido del art. 4,3 Cód. penal.

48 Es un cruce mutuo de cheques de favor (parecido al papel comercial de colusión).

49 Enrique Gimbernat Ordeig, idem, pág. 229 y 230

50 Ver capít. III, epíg. II) El círculo de autores está limitado al sujeto activo, no toda persona puede ser autor.

El Código Penal en su art. 14,3, abarca un segundo tipo de autor *mediato*, el *cooperador necesario* ^[53], al decir: "Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado".

La cooperación necesaria se diferencia de la autoría inmediata, en que el cooperador no ejecuta el acto típico, sino algo ajeno, pero necesariamente relacionado e imprescindible para la realización de aquél (según S.T.S. 17-4 y 16-12-72).

En cambio se diferencia de la complicidad, por la importancia en la realización del tipo delictivo, es decir, en la complicidad el auxilio no es necesario (según S.T.S. 23-4-85).

Por ejemplo, en el delito del art. 563 bis-b puede ocurrir, que un cotitular de una cuenta emita un cheque, creyendo que si existen fondos suficientes (según sus registros), y ser en realidad un cheque en descubierto, porque el otro cotitular de la cuenta efectuó por su parte otros cheques sin habérselo dicho.

Es de resaltar que en las cuentas corrientes que puedan haber varios cotitulares (por ejemplo en cuentas indistintas), la responsabilidad penal no se transmite al otro cotitular que NO emitió el cheque en descubierto, si aparece probado que dicho sujeto no conocía la indisponibilidad de fondos suficientes y puso la diligencia debida ^[54].

Por la doctrina se admite que la cooperación necesaria es posible mediante la imprudencia, y también por omisión, en el supuesto de no impedir la comisión de un delito, si existía el deber de hacerlo.

Un caso práctico puede ser, que un cliente de un Banco o Caja de Ahorros, vaya a endosar un cheque en la cuenta de un acreedor suyo, sabiendo de antemano que el mismo no fue conforme, pero pide al encargado de ello, que antes de ingresarlo solicite su conformidad, pues en caso negativo se lo devuelva, dicho encargado por exceso de trabajo, desidia, olvido, etc. ingresa el cheque en la cuenta del tercero (también cliente de la entidad) sin pedir conformidad, a los pocos días el cheque es impagado.

⁵³ Según la sentencia del T.S. 12-2-85: "La doctrina, ya reiterada, en este T. sobre la autoría por cooperación necesaria, es de una claridad meridiana, exigiendo en primer lugar el concierto previo o pactum scaeleris unido a voluntades, a sabiendas de la ilicitud de lo que se pacta; en segundo lugar se requiere unidad de acción, mutuo acuerdo e idéntico fin. En tercero por fin aportación de actos ejecutivos esenciales, vinculando la conducta del partícipe con los requisitos del tipo

⁵⁴ A. Majada, *idem*, pág. 293

Todo lo cual a mi entender, no de deja de ser una argumentación más, para suprimir tal como esta actualmente establecida la tipificidad de la figura delictiva del art. 563 bis-b Código Penal, ya que la "diligencia debida" [55], en algunos casos se traducirá en la práctica de la mecánica bancaria, así como en el movimiento comercial diario de los clientes, en tenerse que preguntar constantemente de un cotitular al otro (cada vez que tengan que extender un cheque) si han utilizado de los fondos disponibles o no, con los correspondientes inconvenientes que ello conlleva, e incluso la imposibilidad en muchas ocasiones para poderlo hacer.

Por otra parte, el llamar a los Bancos o Cajas para saber el saldo disponible antes de efectuar un libramiento, tampoco puede ser la solución magistral, ya que las entidades Bancarias no llevan un registro de los cheques que emiten los clientes [56], sino de los pagados, y a veces resulta peor el remedio que la enfermedad, ya que si no es persona bien conocida por la entidad, no suelen darse los saldos por teléfono; además de otros posibles problemas de comunicación propio de un momento determinado, como bloqueo y caída de línea de los terminales, averías, horario de las oficinas bancarias, personal directivo ausente, etc. etc.

2) Los Cómplices

Dice el art. 16 C.P.: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el art. 14, cooperan (no de forma necesaria) a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

Para SAINZ CANTERO [57], el cómplice puede definirse como: "La persona que, no siendo autor o inductor, contribuye a la comisión del delito de otro con una aportación eficaz pero de mero auxilio (no necesaria) para su ejecución".

Según dicho profesor, la complicidad sólo puede realizarse a

⁵⁵ Ver ampliación concepto en el Cap. V, "la Exigibilidad"

⁵⁶ La obligación es de los libradores, a cuyo efecto en cada talonario de cheques existen unas hojas para ello. Obligación que no suele cumplirse con gran exactitud, ya que si la cuenta del cliente es de poco volumen, no suele hacerse por el escaso relieve y utilidad que conlleva; y si es de gran volumen, pueden haber varios talonarios de cheques en uso a la vez, con lo cual un control exhaustivo de los saldos se hace difícil, máxime si se tiene en consideración que las cuentas de gran volumen además de cheques, se pagan otros muchos documentos, que el titular se entera cuando el Banco le manda los cargos a su domicilio.

⁵⁷ José A. Sainz Cantero, idem tomo III, página 201

título de dolo, siendo suficiente el dolo eventual.

Como lo indica el Magistrado MANZANARES [38] ésta forma de participación "Limita por arriba con la cooperación necesaria del art 14,3. Y por abajo la línea divisoria es con el encubrimiento"

Al entender de la doctrina, se admite que tales elementos personales pueden intervenir en el delito de cheque en descubierto, es decir, pueden haber cómplices. Pero en la práctica diaria según piensa MAJADA, se tratará de supuestos más teóricos que reales [39].

Para el profesor SERRANO GOMEZ [40], la complicidad puede ser tanto activa como omisiva, si bien para esta última la jurisprudencia exige que concurren los siguientes elementos: a) objetivo, representado por la simple omisión; b) subjetivo, representado por el dolo; y c) normativo, integrado por la existencia de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico.

En mi opinión, tal forma de complicidad es posible en la realidad, pues imaginemos el caso de que un contable de una empresa, que por negligencia o desidia no llevase los libros de contabilidad y en especial el de los Bancos, con el debido orden y precisión aritmética, y el empresario consciente de ello extiende cheques (que serían en descubierto) en base a esos datos falsos, erróneos o inexactos por parte de su contable.

3) Los Encubridores [41]

Como reza el art. 17 C.P.: "Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en el (delito) como autores, ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

³⁸ José Luis Manzanares Samaniego y José Luis Albacar Lopez: "Código Penal" (comentarios y jurisprudencia); editorial Comares; página 262.

³⁹ A. Majada, idem, pág. 295

⁴⁰ Alfonso Serrano Gomez "Casos Prácticos de Derecho Penal", editorial Dykinson, página 158

⁴¹ Existe una tendencia doctrinal (teorías de la independencia), en la cual se aboga para que los diversos supuestos del encubrimiento, sea llevado a las diferentes agrupaciones delictivas de la Parte Especial del Derecho penal.

1) Auxiliando a los delinquentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.

2) Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento;

3) Albergando, ocultando o proporcionando la fuga...".

Siendo los modos de la primera y segunda forma de naturaleza real, y personal la tercera.

Según la doctrina y las sentencias del T.S. 2-4-76/16-1-80, son necesarios cuatro requisitos para que se materialice esta figura:

a) Conocimiento de la perpetración del hecho punible (no es necesario que sea consumado, cabe la tentativa o la frustración).

b) No haber tenido participación ni como autor, ni como cómplice. Por la cual un importante sector de la doctrina niega que esta figura sea una forma de participación ^[42];

c) Intervención posterior a la ejecución del delito. Por lo cual se opina que debería de castigarse como una infracción autónoma ^[43] y

d) Que sean los modos establecidos por la ley.

Como señala la doctrina, siguiendo la letra de la ley, se distingue tres "modos principales" de encubrimiento:

1) La receptación, que es el aprovechamiento propio de los efectos de un delito ajeno.

2) El favorecimiento, que tiene por objeto conseguir la impunidad del delito preexistente, dicha forma a su vez puede ser personal (se oculta a los culpables para conseguir que escapen de la justicia) y real (cuando se oculta el cuerpo, los instrumentos o efectos del delito con ánimo de conseguir la impunidad de los culpables) y.

3) El complemento, que se produce cuando se ayuda al culpable para que obtenga las ventajas del delito.

⁴² Así Cobo de Rosal y Vives Antón, idem, pág. 565; Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 203; Muñoz Conde, pág. 215.

⁴³ Como señala DEVESA, el encubrimiento puede constituir un delito autónomo; idem; pág. 764

El artículo 18 C.P., comprende un modo de encubrimiento entre familiares, que por tal condición tienen a su favor una excusa absolutoria (exención de la responsabilidad criminal).

No comparto la opinión de BALDO DEL CASTAÑO [64], de que los supuestos de encubrimiento en la figura del cheque en descubierto del art. 563 bis-b, en la práctica resultan bastante extraños de que se produzcan, pues obsérvese con detenimiento lo que se ha dicho anteriormente.

Y se llegará a la conclusión, de que si el delito de cheque en descubierto es un delito perseguible de oficio [65], tal como entiende la doctrina que es, y en la práctica diaria los "librados" (Bancos o Cajas de Ahorros) no ponen en conocimiento de la autoridad judicial tales hechos, se está produciendo un encubrimiento descarado de dicho delito.

Tal causa es a mi entender, ya de por sí sola, suficiente para cuestionar el delito del art. 563 bis-b, al menos de la forma como actualmente esta regulado.

III) TIEMPO Y LUGAR DEL DELITO

Como señala RODRIGUEZ DEVESEA [66], concretar dichos términos puede sernos de mucha utilidad, tanto para cuestiones tan importantes como la determinación de ley penal aplicable, la determinación de la competencia jurisdiccional, y su ámbito espacial; así como de sus límites en función de su vigencia temporal; los plazos de la prescripción, etc.

Con ello pretendo dar una visión más completa del análisis del delito de cheque en descubierto, si bien soy consciente de que cada uno de dichos apartados, ya de por sí podría dar tema para realizar otra tesis doctoral.

1) Teorías Doctrinales por razón del Tiempo.

Tales teorías surgieron por la necesidad de determinar en que momento concreto hemos de tener por producido un hecho delictivo, a efectos de saber el lugar donde se produjo.

64 V. Calbo del Castaño, *idem.* pág. 578

65 Según característica que sentó la S.T.S. 20-6-68

66 José M Rodríguez Devesa: "Derecho Penal Español" pág. 381

En consecuencia, impidiéndose por ello, posibles problemas en cuanto a la determinación de la competencia jurisdiccional, o de aplicación de las leyes penales, lo cual siempre será causa de retrasos innecesarios que en nada beneficiarán al perjudicado.

En la mayoría de los delitos, no se presentan grandes dificultades para poder determinar en que momento se han producido, es decir, se ha consumado, ya que si es un delito de simple actividad, como en del art. 563 bis-b, el momento de la consumación será aquel cuando se termine de producir el último acto de la conducta tipificada [67].

Quizá la cosa sea más compleja en los delitos de resultado [68], ya que entre la acción (u omisión) y el resultado, puede transcurrir un cierto tiempo, por lo cual el lugar sea distinto de uno a otro momento, e incluso de Estado.

Para solucionar estos problemas, la doctrina ha elaborado diferentes teorías, las cuales parten de criterios distintos según veremos a continuación:

-**Teoría de la actividad o acción.** Según la cual se estima que el lugar de comisión del delito, es aquel donde se ha realizado la acción. Manifestación de voluntad, según indica SAINZ CANTERO [69].

Sin embargo como apunta DIEZ SANCHEZ [70]: "Este criterio no elimina los problemas originados por aquellos delitos a distancia, completos, etc., los cuales cuando la producción del resultado tiene lugar en territorio diferente al de la actividad, pueden ser objeto del interés punitivo de dos o más Estados, causando conflictos innecesarios entre las competencias soberanas y aún más objetable será el hecho de que el Estado en el que se ha producido el resultado carezca de interés en su represión.."

-**Teoría del resultado.** O más concretamente, del cumplimiento total del tipo penal. Por la cual se estiende que éstos se producen en el territorio donde se consuma el delito.

La objeción principal que se efectúa de esta teoría, es en el caso de ciertos delitos, como el tráfico de drogas o

67 Ver capítulo III, epígrafe III) Conductas Tipificadas

68 En especial los delitos a distancia, en los delitos complejos, en los delitos permanentes o habituales, etc.

69 Jose Ant. Sainz Cantero, idem tomo II, pág, 155

70 Juan José Diez Sanchez: "El Derecho Penal Internacional"; editorial Colex; página 81

difamaciones o injurias en agencia de prensa, etc., cuyo resultado se produce por varios países, serán varios sistemas penales los que pueden aplicarse a ellos.

-Teoría mixta o de la ubicidad. La cual intenta unir a las dos anteriores, tomándose en cuenta tanto el lugar de la actividad como del resultado, según sea más favorable al autor de los hechos.

Siendo objetables cualquiera de los inconvenientes anteriormente señalados, pero tiene la gran ventaja de la flexibilidad, ya que según la valoración jurídica que se haga, podrá optarse por un criterio u otro, lográndose con ello una mayor justicia material.

Dicha teoría es la más aceptada cuando entran en conflicto varias legislaciones internacionales, aunque a nivel nacional y en general, según RODRIGUEZ DEVESA, debe de aplicarse la teoría de la "actividad", tanto en el ámbito temporal de la ley penal, como la antijuricidad o la culpabilidad [71].

En el delito de cheque en descubierto, al coincidir actividad y resultado, dichas teorías no serán de gran aplicación, salvo cuando intervenga algún elemento extranjero en la ejecución del mismo, lo cual analizaremos en el apartado a) Determinación del ámbito espacial.

Determinado el momento concreto de cuando se ha cometido el delito, ello nos servirá para saber precisar la ley que se tiene que aplicar.

El punto inicial de referencia en esta cuestión lo tenemos en el art. 25,1 de la Constitución que dice: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente el aquel momento".

Cuyo desarrollo legislativo en materia penal se plasma en el art. 23 del C.P., y en especial al art. 24 [72] en lo referente a la irretroactividad de las leyes penales siempre que sean

⁷¹ J. Rodriguez Devesa, idem, página 383

⁷² art. 24 C.P.: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquellas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena".

perjudiciales para el reo, según sentencia T.S. 11-2-76 [73]

Dichos artículos son la base para poder determinar la ley aplicable de un delito, es decir, la normativa vigente. La cual seguirá estando mientras no sea derogada por una ley posterior, o salvo que fuera una ley temporal o excepcional.

En base al apartado 3 de la disposición Derogatoria de la Constitución del 78, doctrinalmente existe la discusión de si una ley, total o parcialmente, puede ser derogada "tácitamente" por otra [74].

Para RODRIGUEZ DEVESA [75]: "No hay cuestión cuando la derogación es expresa; más cuando no lo es, pueden surgir graves dificultades de interpretación, especialmente si la ley nueva no reproduce literalmente los supuestos de la derogada" [76].

2) Su Competencia Jurisdiccional por razón del Lugar.

Cuestión también de gran importancia es saber la competencia jurisdiccional, la cual vendrá determinada por los arts. 14 y siguientes de la L.E.Cr.

En concreto en su art. 14,2 nos dice: "Para la instrucción de las causas, los Jueces de instrucción del partido en que el delito se hay cometido". Lo que confirma la primacia del "forum delicti commissi".

Para ello habremos de saber en que momento se consuma el

73 CDO. TERCERO: "Que como lógica consecuencia del principio 'nullum crimen nulla, poenae sine lege' la irretroactividad de las leyes penales constituye un apotegma jurídico proclamado en casi todas las legislaciones... sin embargo, las Leyes penales son retroactivas en todo lo que es favorable o beneficie al reo, con lo cual y a tenor del art. 24 del C.P., la Ley penal más benigna bien porque dejó de punir lo que antes se castigaba, bien porque lo sanciona con menor pena, se aplica a conductas perpetradas antes de su vigencia, y tanto si se hallen pendientes todavía de enjuiciamiento, como si ya han sido juzgadas e incluso después de sentencia firme si el reo está cumpliendo la condena".

74 Ello causó la Consulta 1/1979 de 12 enero, del Fiscal General del Estado, insertada en el Anuario de 1979.

75 Jose M. Rodriguez Devesa; idem; pág. 203

76 Ver la opinión afirmativa de T.S. Vivies Antón, en referencia a la Ley Cambia del 85 sobre el art. 563 bis-b. En capítulo Introducción, epígrafe II), c) final.

delito, tema que ya ha sido tratado en las teorías del apartado anterior.

Solamente añadir aquí, en referencia al **delito de cheque en descubierto del art. 563 bis-b**, que la actual tendencia doctrinal y jurisprudencial [77] es la de considerar su naturaleza jurídica como de mera actividad o formal, con lo cual el fuero de competencia será el del lugar de su libramiento o expedición, es decir, donde se emitió y entregó el cheque, que no tiene por que ser la misma plaza de su impago.

En caso de discrepancia entre el lugar de libramiento y el de entrega del cheque, según la jurisprudencia deberá de prevalecer éste último, así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo del 16-3-90 [78]. Todo ello sin perjuicio del fuero subsidiario del art. 15 L.E. Cr. [79]

Según RAMOS MENDEZ [80], en el caso de que el cheque fuese remitido por correo, a una persona residente en otra población, el lugar de comisión del delito sería aquella donde se produjo el envío o la expedición. Según sentencias del Tribunal Supremo del 13-6 y 6 y 10-7-81; 12-07 24-12-83; 20-12-84; 20-10-86; 7-2-90.

Lo cual me parece ser un contrasentido, ya que como hemos visto antes, si en caso de discrepancia a de prevalecer el lugar donde se entrega el cheque, no veo porque en los casos de remitirse por correo tenga que ser el lugar de envío, y no el de recepción o destino, que equivale a la entrega.

Imaginemos que si se toma rigidamente este criterio, podrán producirse envíos desde los lugares más extraños dentro del territorio español, por razones de desplazamientos o voluntad del librador; más aun, con el creciente comercio internacional o el comunitario, puede ocurrir que este envío se produzca desde una tercera Nación, en la cual el cheque en descubierto no esté penalizado, o en un lugar tan incómodo para el tomador que prefiera no denunciarlo para evitarse cuantiosas molestias y gastos, en relación al importe del cheque impagado.

⁷⁷ Sentencias T.S. 9-6-86; 25-6-87 y 9-4-88 entre otras

⁷⁸ Según sentencia 3-7-87: "El delito de cheque en descubierto no se comete en el lugar que aparezca en el propio documento como de libramiento, sino en aquel donde efectivamente se entrega como dación en pago..". En igual sentido 16-7-89.

⁷⁹ Según sentencias del T.S. 1-3 y 9-6-86; 25-6 y 3-7-87.

⁸⁰ Francisco Ramos Méndez: "El Proceso Penal", editorial Bosch, página 108

Además de que en caso de extravío o retraso por parte de Correos, las acciones ejecutivas podrían prescribir (art. 157 L.C.CH.); ésto sin contar el plazo de pago (art. 135 L.C.CH.).

Y si por el contrario, se toma como criterio el lugar expresado en el cheque, también será el librador quien tenga a su voluntad la determinación del fuero de competencia, pues con expresar una población diferente a la real, se podría cambiar el foro natural del delito, salvo que el tomador pudiera probar que se produjo donde él dice; lo cual puede crear graves incidentes previos de difícil demostración [81].

Todo ello no deja de producir a nuestro entender, una cierta inseguridad jurídica, a pesar de los fueros subsidiarios del art. 15 L.C.Cr.; por lo que me reitero en lo apuntado en su lugar para la determinación del tipo de su naturaleza jurídica, sobre la posible inseguridad jurídica que ello causa [82].

a) Determinación del ámbito espacial. Conviene en este apartado analizar el ámbito de aplicación de la ley penal, máxime si tenemos en cuenta que la propia Ley Cambiaria en su art. 162 efectúa un reenvío a la ley extranjera, en cuestión de capacidad para obligarse mediante un cheque [83].

Como señala RODRIGUEZ DEVESA [84], para que pueda aplicarse la ley penal será necesario primero dos presupuestos. El primero "que el sujeto que a cometido el delito se halle a disposición de los tribunales españoles" y segundo, que no se ofrezca una solución en los Tratados internacionales donde España sea parte.

Pero ocurre que el actual Código penal no contiene ninguna norma de aplicación en general de sus preceptos o norma de conflicto de leyes, salvo algunos artículos determinados en cuanto a delitos concreto en ellos tipificado (ex. art 288; 448),

⁸¹ Ver sentencias 13-6-81; 22-1-82; 12-7-83 (competencia)

⁸² Ver capítulo III, epígrafe IV), 1)

⁸³ Art. 162 L.C.CH: "La capacidad de una persona para obligarse por cheque se determina por su Ley nacional. Si este Ley declara competente a la Ley de otro país se aplicará es última". Lo cual ésto último contradice al art. 12,2 del C.C. que dice: "La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española".

Para ampliar ver Julio Gonzalez Campos y otros en "Derecho Internacional Privado, parte especial", vol II, página 71

⁸⁴ José M. Rodríguez Devesa; idem; pág. 214. En igual sentido Jose Ant. Sainz Cantero; idem tomo II; pág. 158

de los cuales ninguno es el delito de cheque en descubierto.

Por ello para saberlo habremos de remitirnos al Derecho Civil. Que según el art. 1089: "Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y causi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

Pero el art. 1092 del Cód. Civil dice: "Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regularán por las disposiciones del Código penal".

Lo cual nos encierra en un círculo viciosos deficit de solucionar. Sería deseable que en el futuro Código penal dicha deficiencia legislativa fuese subsanada.

En el Código civil también existe un capítulo dedicado a las Normas de Derecho Internacional Privado, las cuales nos darán la pauta para solventar posibles problemas de aplicación de la ley penal, en especial si existe algún elemento personal relevante interviniente en el delito, como librador, librado, tenedor, etc

Efectivamente, en su art. 8,1 se dice: "Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español".

Con lo cual, en un principio ya podemos delimitar el ámbito espacial de aplicación de las normas penales.

Digo en un principio, porque dicho precepto no define lo que es el territorio, ni comprende los casos donde un nacional comete un delito en el extranjero.

Para ello tendremos que remitirnos a otra norma extrapenal, el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

Dicho artículo está dividido en cinco párrafos, los cuales determinan la competencia judicial espacial. Doctrinalmente se entiende que son la base de cinco principios: el de territorialidad, el de personalidad, el de protección de intereses, el de justicia universal y el de justicia supletoria.

En cuanto al primero, dicho principio habrá de tomarse como regla general, es decir, los demás se aplicarán como excepción o subsidiarios de éste, según sentencia del T.S. de 17-10-88. [88]

⁸⁸ CDO. "...sobre la base de vigencia y predominio del principio jurídico de territorialidad de la ley penal, existen contadas excepciones de extraterritorialidad en las que se busca la aplicación de la Ley española a sujetos que se hallan en territorio español, por razón de delitos cometidos fuera de él..

El párrafo primero del art 23 dice: "En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidas en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte".

En el caso del delito de cheque en descubierto, es en el art. 166 de la propia Ley Cambiaria donde se confirma también la primacía de la territorialidad [86].

Esto se justifica, porque parece lógico que la soberanía del del poder estatal se aplique en todo su territorio nacional, con independencia de la nacionalidad de la persona que delinque.

Cabe aclarar que habremos de considerar al territorio en un sentido jurídico, es decir, además del espacio geográfico (suelo, subsuelo, aguas interiores, etc.); el mar territorial; el espacio aéreo; las naves y aeronaves; y los supuestos excepcionales como embajadas, delegaciones, etc. [87]

JIMENEZ ASUA definió el territorio como: "La porción de espacio y conjunto de cosas sobre que se extiende la soberanía estatal" [88]

Sin embargo, dicha norma tampoco comprende el caso de que un nacional (español) cometa un delito en el extranjero, o en el caso concreto del art. 563 bis-b, del delito de cheque en descubierto.

Para ello entrará en juego la norma subsidiaria del párrafo segundo del art. 23 LOPJ que dice: "Asimismo conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución; b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querella ante los Tribunales españoles; c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o en éste último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiera cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para

⁸⁶ Art. 166: "Los plazos para el ejercicio de las acciones se determinan para todos los firmantes por la Ley del lugar donde el título hubiera sido creado".

⁸⁷ Ampliación tema en obra de Juan J. Díez Sánchez; págs. 42

⁸⁸ Citado en la obra de Sainz Cantero, idem tomo II, pág 162

rebajarle proporcionalmente la que le corresponda".

Como puede observarse, dicho principio de personalidad es completamente antagónico con el anterior de territorialidad; su justificación se basa en la necesidad de cubrir aquellas lagunas legales que pudieran producirse con el primer principio, y por la conveniencia de adecuar algunas sanciones a la idiosincrasia de sus conciudadanos, que en definitiva serán los destinatarios de las normas represivas [89].

Junto a este principio extraterritorial existen otros, tal como he dicho antes, uno de ellos es el Protección de intereses, recogido en el **párrafo tercero** del art. 23 que dice: "Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos..(enumerando una lista cerrada).

Ninguno de los delitos del art. 23,3 comprende al de cheque en descubierto, porque en dichos tipos se excluye la protección de bienes o intereses jurídicos individuales [90], salvo los que se puedan producir con este documento mercantil en "los relativos al control de cambios" (i). Si bien tales infracciones estarán comprendidas en la Ley 40/1979 de 10 de diciembre sobre Régimen Jurídico de control de cambios, modificada por la Ley Orgánica 10/1983 de 16 de agosto, la cual disponía en su art. 9,1: "Los Tribunales españoles serán competentes para el conocimiento de los delitos establecidos en el art. 6 de la presente Ley, cualquiera que fuera el lugar donde hubieren sido ejecutados los hechos" [91].

Su justificación se basa como podemos observar, en la específica protección de determinados bienes jurídicos, por cuestiones de política criminal, o convenios internacionales.

El cuarto principio es el llamado de Justicia universal, por el cual, cualquier Estado sería competente para aplicar su ley penal a determinados delitos, con independencia de cual sea la nacionalidad de quienes los producen o el lugar donde se realicen

Esto viene reflejado en el **párrafo cuarto** del art 23: "Igualmente será competente la Jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos...".

89 Juan José Díez Sánchez; idem; página 104

90 Juan José Díez Sánchez; idem; página 134

91 Juan José Díez Sánchez; idem; página 165

Ninguno de los delitos relacionados es en la actualidad es el de cheque en descubierto, por lo cual el art. 23,4 LOPJ no tiene ninguna aplicación con el art. 563 bis-b Cód. penal, salvo que en un futuro próximo entrara en juego el último de sus párrafos [72].

También con dicho principio entra en juego el párrafo quinto del art. 23 que dice: "En los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo".

Finalmente tenemos el principio de Justicia supletoria [73], el cual viene a cubrir las posibles lagunas represivas que se puedan producir en la realidad punitiva por aplicación del principio territorial y los extraterritoriales visto más arriba.

Antes de concluir este epígrafe, quisiera puntualizar una cuestión que me parece de sumo interés, y es lo referente a la ley aplicable a la responsabilidad por daños en delitos de ámbito internacional.

Como bien lo señala la profesora PALOMA ABARCA [74], las obligaciones civiles derivadas de los delitos o faltas, podrán "ejercitarse conjunta o separadamente" de la acción penal (en base al art. 111 L.E.Cr.)

En el primer caso, es decir, cuando sea conjuntamente, la ley aplicable será la que determine la ley penal, según los principios y las normas legales que hemos visto anteriormente.

En el segundo caso, o sea, separadamente, la ley aplicable vendrá determinada por el art. 10,9 del Cód. civil que dice: "Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven..". Cuyo criterio se aproxima al del art. 165 de la L.C.CH. [75].

Por lo cual sería muy interesante saber la regulación legal que cada país aplique en esta materia, pues para el caso del

72 Art. 23,4 LOPJ, párrafo g) y cualquier otro que según los Tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España".

73 Juan José Díez Sánchez; idem; página 201

74 Paloma Abarca Junco: "Derecho Internacional Privado"; UNED; tomo II, página 275 y siguientes (en su tema XXV).

75 Art. 165: "Los efectos de las obligaciones derivadas del cheque se rigen por la Ley del país en que estas obligaciones hubieren sido suscritas".

delito de cheque en descubierto, pudiera ocurrir que la Ley de remisión, la extranjera, fuera más favorable que la española en materia de su responsabilidad civil [96], lo que podría aconsejar el ejercer la acción civil por separado.

IV) CONCURSO DE DELITOS APLICADO AL CHEQUE EN DESCUBIERTO.

Según RODRIGUEZ DEVESEA [97], hay concurso de delitos: "Cuando el sujeto activo, en el momento de ser juzgado ha cometido varios delitos por los que no ha sido condenado con anterioridad, pues si ya fuesen delitos juzgados, estaríamos ante la "reincidencia" [98].

Como indica SAINZ CANTERO [99] para poderse apreciar el concurso de delitos serán necesarios tres requisitos; 1) Pluralidad de infracciones; 2) Que las distintas infracciones sean realizadas por el mismo sujeto; y 3) Unidad de enjuiciamiento, es decir, aun pendientes de condena. [100]

La doctrina mayoritaria distingue dos clases de concursos: el "ideal", que se produce cuando un sólo hecho da lugar a dos o más delitos (que éste a su vez puede ser homogéneo o heterogéneo en cuanto a los delitos). El "real" se produce, cuando varios delitos son producto de varias acciones, es decir, hay tantas acciones como delitos no juzgados.

Sin embargo, este planteamiento tan sencillo en la teoría, en la práctica no pocos quebraderos de cabeza debe de llevar a los Magistrados y Jueces en su labor de juzgar, pues no resulta fácil encuadrar y enjuiciar debidamente las conductas de la vida real, más aun cuando en los juzgados son presentadas demandas, denuncias y querellas en las cuales no se determinan adecuadamente los hechos ocurridos.

96 Lo cual se verá en el capítulo VI, epígrafe V, 1)

97 Rodriguez Devesa, idem, página 787

98 Sobre reincidencia del cheque en descubierto ver S.T.S. 7-10-87; 3-5-88 y 16-4-90 entre otras

99 José Ant. Sainz Cantero; idem tomo III; pág. 212

100 Sin embargo M. Cobo del Rosal y T.S.Vives Antón, idem, pág. 573, añaden un cuarto requisito "el objeto valorado", que puede ser unitario o plural, dando lugar a las dos formas de concurso: ideal o formal y real o material.

Por ello en este epigrafe intentaré aclarar lo máximo posible, conceptos legales del concurso en referencia al delito del cheque en descubierto, para posteriormente analizar el último párrafo del art. 563 bis-b, en referencia a otros delitos afines.

El concurso ideal como ya hemos dicho, es el resultado de varios delitos por causa de una unidad de acción o hechos [¹⁰¹], el cual podrá ser homogéneo si esos delitos son iguales (por ejemplo varios delitos de cheque en descubierto), o heterogéneo, es decir, cuando el hecho causa varios delitos distintos (apropiación indebida y cheque en descubierto; estafa y cheque en descubierto; falsificación y estafa; etc), según sentencias del Tribunal Supremo 21-3-86; 3-7-89 y 27-2-90, entre otras.

Lo que ocurre es que en nuestro Código penal no se contempla de una forma expresa esta figura jurídica, sino que la misma ha de deducirse del art. 71, en donde se dan unas reglas para la aplicación de las penas.

Efectivamente, en el art. 71 (primer inciso) se dice: "Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un sólo hecho constituya dos o más delitos..."

Doctrinalmente se discute si este inciso abarca a las dos formas de concurso ideal vistas (homogéneo y heterogéneo) [¹⁰²], particularmente pienso que sí, pues no se dice nada en su contra, ya que en cuanto al párrafo segundo sobre delitos de distinta gravedad, pienso que cada delito puede tener sus propias circunstancias atenuantes o agravantes, según arts. 9 y 10 Cód. penal, lo cual determinaría una mayor o menor gravedad.

El inciso segundo del art. 71 dice: "...o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.". Con ello se está creando lo que la doctrina entiende que es el concurso medial. No siendo apreciado dicho concurso en la S.T.S. 6-4-84 (absorción).

Es decir, el concurso medial [¹⁰³] se produce cuando un delito es el medio adecuado para cometer otro delito [¹⁰⁴].

¹⁰¹ Ver Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem pág. 575; José Ant. Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 213; Jose M. Rodriguez Devesa, idem, pág 788; Santiago Mir Puig, idem, pág 729

¹⁰² En su contra Mir Puig, idem pág. 730; a su favor Sainz Cantero, idem tomo III pág. 219.

¹⁰³ Llamado por la jurisprudencia como "instrumental o teológico", según sentencia del T.S. 2-11-84.

¹⁰⁴ Para Sainz Cantero, nos encontramos "con el supuesto de base que da lugar al concurso real". Idem, tomo III, pág. 223

Así lo expresa la sentencia del T.S. de 21-3-86: "La estafa se apreciará en concurso ideal, conforme al art. 71 C.P. Con la falsificación documental pública, oficial y de comercio, ya que dos son los bienes perfectamente distintos a que ataca cada uno de tales delitos: la fe pública el de falsedad y el patrimonio el de la estafa, lo que por tanto, permite en el caso su concurso medial, en cuanto el primero es medio necesario para cometer el otro, pues los cheques utilizados con la firma fingida fue el procedimiento engañoso para inducir a error..."

"En estos casos -según dice el párrafo segundo del art. 71- se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos" [105].

Sigue diciendo el art. 71 (párrafo tercero) que: "Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado".

Es decir, en el caso de un delito de falsificación de firma de un cheque y el delito de cheque en descubierto, se castigará el primer delito, o sea, el del art. 303 (prisión menor) en su grado máximo, que podrá ser de cuatro años, dos meses y un día a seis años, en vez de penar por separado los dos delitos, por ejemplo la falsificación (art. 303) con la pena de dos años, cuarenta meses y un día; y el cheque en descubierto (art. 563 bis-b) con la pena de dos meses y un día [106].

Lo que ocurre es que en la realidad será difícil encontrar a un delincuente que solamente falsifique para atentar contra el bien jurídico del art. 563 bis-b, "la seguridad del tráfico mercantil", las falsificaciones por lo general se emplean para atentar contra el patrimonio ajeno, es decir, para estafar.

En cuanto al concurso real, éste se producirá según SAINZ CANTERO [107], cuando: "un mismo sujeto, mediante dos o más acciones, comete dos o más delitos que son juzgados en el mismo proceso penal" [108].

¹⁰⁵ Para Córdoba Roda, en estos supuestos el juez debería escoger la pena alternativamente en beneficio del reo, y no subsidiariamente. Opinión que no es compartida por la jurisprudencia según S.T.S. 11-4-81 (Sainz Cantero pág. 218)

¹⁰⁶ Según criterios legales de la Tabla del art. 78 C.P.

¹⁰⁷ José Ant. Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 219

¹⁰⁸ Ver doctrina jurisprudencial en S.T.S. 13-3 y 2-11-84

Conviene aclarar como lo indica MIR PUIG ^[109], que: "excluimos aquí la consideración de los casos de pluralidad de hechos que dan lugar a varios delitos unidos en relación de medio a fin, que constituye el supuesto especial de concurso medial ya examinado".

También quedan excluidos del concepto de concurso real, los supuestos que por imperativos jurisprudenciales o legales, el juez tenga de considerar a varios delitos como a uno sólo, como es el caso del delito continuado que analizaremos después.

Así las cosas, el art. 69 dice: "Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas".

En relación al delito de cheque en descubierto, pueden citarse como ejemplos de este tipo de concurso, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

21-1-85: "El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de apropiación indebida de cuantía muy cualificada y de otro continuado de emisión de cheque en descubierto, sin circunstancias, a la pena de dos años de prisión menor por el primero y a la de cuatro meses y un día de arresto mayor por el segundo" ^[110].

21-4-89: "El T.S. desestima el recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por M.A.O. contra sentencia de la Audiencia que le condenó como autora de un delito continuado de falsedad, a la pena de seis meses y un día de prisión menor y multa de 30.000 ptas, y como autora de un delito de estafa a la de dos meses y un día de arresto mayor".

Es lógico que el cumplimiento simultáneo de varias penas, solamente podrá realizarse en aquellas que no sean privativas de libertad, como la multa; la restricción de algún derecho; la represión pública; o la inhabilitación; etc., que si podrán cumplirse simultáneamente o incluso con aquellas.

Para los casos de que no sea posible tal cumplimiento simultáneo, en el art. 70 del C.P. se establece: "Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes..."

¹⁰⁹ Santiago Mir Puig "Derecho Penal P.G."; RPU; pág. 734

¹¹⁰ En igual sentido las S.T.S. 21-1, 15-3, 30-4, y 21-5-85.

De las cuales, se especifica una regla general para el cumplimiento sucesivo de las penas, por orden de su gravedad; así mismo se establecen dos reglas de limitación para no gravar excesivamente a los delincuentes. Límites que como señala MIR PUIG dan paso a la acumulación jurídica ^[111]: "El triplo de la pena más grave, y en todo caso el tiempo de treinta años" ^[112]

Para complicar aún más las cosas en este aspecto, en el art. 70 párrafo final se establece otra delimitación, ya que dice: "La limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo". Lo cual obligará a analizar cada uno de los procesos anteriores, en un plazo de tiempo que no se especifica ^[113].

Como puede observarse por lo expuesto anteriormente, no es una tarea fácil para nadie el delimitar adecuadamente la aplicación de las penas en los concursos, y menos aún en el concurso real, donde existe la acumulación material (art. 69) y la acumulación jurídica del art. 70. ^[114]

En el caso del delito de cheque en descubierto, debido a la naturaleza de su bien jurídico, lo más usual es apreciar este delito aisladamente, o con alguna agravante como la reincidencia, que en el caso de no haberse codenado aun al autor, se podrá apreciar en virtud del art. 69 bis ^[115] un delito continuado.

¹¹¹ Como distinción a la acumulación material: "Se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones". M Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, idem, pág 575

¹¹² Santiago Mir Puig, idem, pág. 735

¹¹³ Según S.T.S. 22-12-69: la conexión se entiende que puede existir independientemente de los fueros o competencias territoriales. Código penal Colex, pág. 106

¹¹⁴ En el Borrador de Código penal de Octubre de 1990, se sigue manteniendo esta dificultad (arts. 71 a 76).

¹¹⁵ art. 69 bis: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución del un plan preconcebido o aprovechando la idéntica ocasión, realizará una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá se aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado..."

Según COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON [116]: "Se habla de **delito continuado**, cuando una pluralidad de infracciones cometidas por el mismo sujeto, en virtud de la concurrencia de determinados requisitos, se sustrae a las reglas del concurso y es contemplado jurídicamente como una unidad, esto es, como un solo delito".

Fue la jurisprudencia quién llegó a crear la llamada "unidad del delito"; sin embargo la doctrina entiende que es otra forma de concurso real de delitos [117]. Ésto es, cuando una pluralidad de acciones debiera de dar una pluralidad de delitos, y sin embargo, por ficción jurídica o por política criminal, no se da la acumulación material de las penas de los arts. 69 y 70,1.

Para SAINZ CANTERO [118], los elementos esenciales para que se produzca esta especialidad de delito (continuado) son [119]:

- 1) Existencia de un plan preconcebido o voluntad de aprovechar diversas ocasiones análogas en naturaleza.
- 2) Pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios sujetos pasivos y que realiza el mismo (o los mismos) sujeto activo.
- 3) Infracción del mismo o semejantes preceptos penales.
- 4) Que las distintas acciones no atenten a bienes jurídicos eminentemente personales." [120]

En referencia a la posibilidad de poderse apreciar el delito continuado en el art. 563 bis-b, cabe decir al respecto, que el Alto Tribunal mantuvo en una época una postura un poco titubeante, siendo en algunas ocasiones reacto a ello, como lo demuestran las sentencias 31-5-72; 2-6-72 y 2-11-72 por ejemplo; y en cambio en otras fue mucho más tolerante, como en las

¹¹⁶ Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón, *idem*, pág. 580

¹¹⁷ Por ésto ocurre que a veces el concurso real homogéneo se confunde con el delito continuado.

¹¹⁸ José Ant. Sainz Cantero, *idem*, págs. 229 y siguientes

¹¹⁹ Elementos que recogen la esencia del art. 69 bis C.P., según la sentencia 7-11-84 del Tribunal Supremo.

¹²⁰ En parecido sentido Cobo del Rosal/Vives Antón; pág 582

sentencias 5-2-72 ^[121]; 19-5-72; 7-7-72; 4-12-72; 22-12-72.

En la actualidad tal cuestión queda resuelta a favor de poderse apreciar tal forma de delito, ya que la L.O. 8/83 introdujo dentro del Cód. penal el art. 69 bis antes mencionado; tal como lo demuestran algunas sentencias del Tribunal Supremo:

24-2-84: "El T.S. declara no haber lugar el recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por M.M.T, contra sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, a la pena de tres meses de arresto mayor".

3-5-88: "El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, sin circunstancias a la pena de dos meses de arresto mayor, absolviéndole del delito de falsedad por el que también fue acusado".

28-9-90: "La sentencia de la Audiencia condenó a X como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de dos meses y un día de arresto mayor. El T.S. declara no haber lugar al recurso".

Según el art. 69 bis, al responsable de este tipo de delito se castigará "con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior". Como puede observarse, su pena se basa en el principio de la acumulación jurídica (art. 70,2).

Dentro de la pluralidad de acciones y unidad de delitos, la jurisprudencia también desarrolló el llamado delito de masas, en el marco de los delitos patrimoniales (lo cual no es el caso del delito de cheque en descubierto); se aplican los mismos principios expuestos en el delito continuado, pero con la agravante de revestir el hecho una notoria gravedad y afectar a muchas personas, según art 69 bis final primer párrafo.

1) Remisión a otro Delito más Grave

Como lo hemos visto anteriormente, el concurso de delitos prosupone siempre de por sí la existencia de varios delitos, sea a causa de un hecho o de varios (concurso ideal o real).

¹²¹ Extracto sentencia 5-2-72 (Caballero Gea): "Aunque se hayan librado varios talones (cheques) en descubierto, sólo es posible incriminar al acusado por sólo un delito, ya que existió identidad de sujetos activo y pasivo, fecha de emisión y entrega de ellos, por una única deuda y contra la misma cuenta, con la diferencia de escalonar, en escasos días, el cobro de los talones..."

Pero puede ocurrir que un solo delito esté contemplado por varios preceptos penales, ésto es lo que se conoce con el nombre de **concurso de leyes** ^[122]. O sea, un delito como la defraudación con cheque en descubierto, podrá ser sancionado por más de un artículo del Código penal o por dos leyes penales diferentes.

Así se deduce del art. 68 del C.P.: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos". ^[123]

En estos casos según entiende la doctrina y la jurisprudencia, será un solo precepto el que deberá de aplicarse (el de la pena mayor) por absorción del otro, pues de tenerse en cuenta los dos preceptos conjuntamente se infringiría el principio "ne bis in idem" ^[124].

Lo paradójico es, que desde la aparición del tan defendido delito de cheque en descubierto de una forma autónoma, siempre ha habido en su regulación una remisión a otro delito más grave.

Así en el antiguo art. 535 bis de la Ley de 1963, en su último párrafo se remitía al derogado art. 528 cuando el cheque se emplease como "medios engañosos con propósito de defraudar".

En el texto de la Ley de 1971 se decía en su párrafo final: "Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el art. 529 núm. 1 de este Código".

Párrafo que se mantuvo inexplicadamente idéntico en la Reforma de la L.O. 8/83 de 25 de junio, que tanto afectó al contenido de las estafas.

Actualmente, después de la última Reforma L.O. 3/1989 de actualización del Código penal, la redacción del párrafo último del art. 563 bis-b queda como sigue:

¹²² Para ampliación concepto ver José M. Rodríguez Devesa, *idem*, pág. 191 y sgts.; Santiago Mir Puig, *idem*, pág. 736 y sgts.

¹²³ Así lo entiende también la jurisprudencia en S.T.S. 25-1-90: "El art. 68 CP regula el llamado concurso de leyes o normas, a través o mediante el sistema de alternatividad, en el sentido de elegir, entre los distintos preceptos que sean utilizables, aquel que aplique mayor sanción al supuesto concreto del delito o falta de que se trate, lo cual supone apreciar primero el juego penológico del art. 61 CP y después decidir, de tal manera que en consecuencia se aplique la pena más grave.."

¹²⁴ Expuesto en el capítulo Introducción, epígrafe II,1,c)

"Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave".

Como puede observarse, el campo del concurso con otros preceptos se amplía considerablemente, ya que en las anteriores regulaciones sólo se hacía remisión a la estafa.

No voy a entrar ahora en la valoración de tal reforma, pues el tema ya fue tratado en el capítulo II, epígrafe 1 y 2); sólo puntualizar aquí lo que indica VIVES ANTON ^[125]: "Precisión innecesaria (aunque no inconveniente) pues tal modo de proceder es el que resulta de la aplicación de las reglas generales que rigen el concurso de leyes".

Criterio que también ha mantenido la jurisprudencia en algunas de sus sentencias, como las 29-12-78 y 19-2-79 en relación con la estafa, al decir: "La concurrencia entre uno y otro precepto determina la entrada en juego del principio de alternatividad y mayor rango punitivo, tanto por remisión expresa del art. 68, como por la misma dicción del inciso último del art. 563 bis-b, conclusión a la que también se llega en virtud del principio de especialidad..".

Conviene aclarar lo que debemos de entender por **"delito más grave"**. Según criterio mayoritario de la doctrina señalado por CORDOBA RODA ^[126]: "Delito más grave lo será aquel al que en el caso enjuiciado le corresponda una pena más grave". Es decir, la remisión a otro delito más grave deberá de hacerse por el criterio de la pena, pero no la pena en abstracto, sino la pena determinada al delito en concreto.

No obstante, normalmente lo que suele ocurrir con el delito del art. 563 bis-b, es que tal delito será medio para cometer otro más grave, como estafar, falsificar, o la apropiación indebida, por lo que tal acción podrá enjuiciarse como dos delitos distintos, dando lugar al concurso ideal o medial antes vistos. Por esos analizaremos seguidamente, la relación que existe de tales delitos con el de cheque en descubierto.

a) La Estafa. Existe el consenso de que el bien jurídico

¹²⁵ Además de las críticas de Vives Antón (y otros) en La Reforma Penal de 1989, idem, pág. 189: "Una vez más, la solución queda deferida al Tribunal Constitucional, sin que quepa esperar sino que con el tiempo y las duras lecciones que recibe, el legislador democrático vaya aprendiendo a serlo".

¹²⁶ José Ant. Sainz Cantero, idem tomo III, pág. 216

protegido con este delito es el "patrimonio" [127]; entendiendo como tal "el poder sobre una cosa, valorables económicamente, que revisten una apariencia jurídica" [128].

Como indica BAJO FERNANDEZ [129]: "Al contrario de lo que ocurre con otros delitos contra la propiedad en los que el ataque al bien jurídico consiste en la lesión de un elemento integrante del patrimonio (propiedad en el hurto, por ejemplo), en el delito de estafa la lesión afecta al patrimonio globalmente considerado. La comparación del patrimonio total, antes y después del acto de disposición, serviría para determinar el perjuicio de la estafa.."

Actualmente la estafa se define en el art. 528 C.P. como: "Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

"El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 ptas. [130] Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy cualificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias primera o séptima con la octava, la pena será de prisión mayor. Si concurrieren sólo alguna de las circunstancias del artículo siguiente, la pena se impondrá en su grado máximo".

Como puede observarse, en el párrafo segundo de dicho artículo se desarrolla su penalidad, la cual entrará en juego en relación con el art. 563 bis-b, cuando el importe del cheque en descubierto sea superior a 30.000 ptas, pues en el caso de que fuese inferior a tal cantidad no habría la remisión al art. 528 por no ser "delito más graves", ni tampoco podría haberla al art. 587, 2, ya que en éste último caso se penalizaría el hecho como falta, cuya pena es el arresto menor, la cual es una pena inferior al delito de cheque en descubierto (arresto mayor), impidiéndose por ello la remisión del último párrafo del art. 563 bis-b, lo que suele producir situaciones injustas [131].

¹²⁷ Como lo indica Antón Oneca: Se abandonó ya la teoría que consideraba a la "buena fe en el tráfico" como el bien jurídico protegido con la estafa (Bajo Fernandez; Manual D.P.; pág. 164).

¹²⁸ Miguel Bajo Fernandez: Manual de Derecho Penal (P.E.); editorial Ceura; pág. 167. Ver concepto mixto en capítulo II

¹²⁹ Miguel Bajo Fernandez, idem, pág. 166

¹³⁰ En caso de cantidad inferior a 30.000 ptas. será falta

¹³¹ Cuestión que trataré con más amplitud en el Cap. VI, 2)

Del párrafo primero del art. 528 se pueden extraer cuales son los **elementos esenciales de la estafa**: el ánimo de lucro, el engaño bastante, el error, el acto de disposición, y el perjuicio propio o de tercero [132]. Los cuales analizaremos brevemente:

El ánimo de lucro es un elemento subjetivo del tipo, que al entender de la doctrina y la jurisprudencia [133], impide la incriminación imprudente de este delito patrimonial, incluso para algún autor del dolo eventual [134].

El engaño bastante es sin lugar a dudas, el primer factor o nucleo central de la estafa. Ello es así, hasta el extremo que la propia jurisprudencia considera que la existencia de "un perjuicio patrimonial, sin engaño previo, no es estafa" [135].

Por otra parte y a partir de la reforma del 1983, se requiere que el engaño sea bastante, es decir, idóneo, relevante, adecuado para poder producir el error que genera el fraude al sujeto pasivo, en atención a sus capacidades personales [136].

Según VIVES ANTON [137] con la expresión de engaño se: "designa la acción y efecto de hacer creer a alguien, con palabras o de cualquier otro modo, algo que no es verdad".

El error a que se refiere el art. 528 es un error "activo", que en palabras de VIVES ANTON se da: "Cuando se actúa bajo una falsa presuposición", es decir, se produce un falso conocimiento de la realidad a causa de un engaño previo.

Como lo indica BUSTOS RAMIREZ [138], no será relevante para la estafa, el error producido por "las creencias, valoraciones, costumbres o usos propios del sujeto, etc., salvo que se hubieran

¹³² En igual sentido la jurisprudencia, ver S.T.S. 24-1-86

¹³³ Según S.T.S. 20-4-77, 18-12-81, 21-5-83, 5-6-85, etc.

¹³⁴ José Manuel Valle Muñiz: "El Delito de Estafa"; editorial Bosch; pág. 271 y sgtes.

¹³⁵ Según S.T.S. 30-4-81; idem: 6-2-89, 6-11-80, 5-3-81, etc.

¹³⁶ Según S.T.S. 18-1, 24-3 y 19-11-83, 5-6 y 20-7-85, etc.

¹³⁷ Tomás Salvador Vivés Antón; idem; pág. 861. En parecidos términos M. Bajo Fernandez, idem pág. 168 "Engaño es la falta a la verdad en lo que se dice o hace de modo bastante para producir error e inducir al acto de disposición patrimonial".

¹³⁸ Juan Bustos Ramírez: "Manual de Derecho Penal P.E."; editorial Ariel; página 227

llevado acabo maquinaciones especiales para crear en cualquier persona una falsa idea de la realidad" [139].

El acto de disposición, según opinión VIVES ANTON [140]: "hay que entenderlo como toda acción u omisión que implique un desplazamiento patrimonial". [141]

La disposición patrimonial para que sea relevante penalmente, tiene que ser consecuencia del engaño y del error, debiendo de recaer siempre sobre la misma persona, que según entiende la doctrina no tiene por que ser el propio perjudicado, sino que puede ser otra persona distinta, por ejemplo un depositario.

El perjuicio según el texto legal, puede ser propio o de tercero, es decir, sobre cualquier persona que sea titular del bien jurídico protegido.

Como señala BAJO FERNANDEZ [142]: "por perjuicio debe de entenderse la disminución del patrimonio del engañado o de un tercero". El cual como hemos dicho al principio, consiste en la diferenciencia de valor económico entre lo que se recibe a cambio de lo que se sustrae del patrimonio [143].

Finalmente conviene precisar, tal como lo indica la mayoría de la doctrina [144] y la jurisprudencia [145], que siendo el delito de estafa un delito de resultado, existirá también lo que se llama "relación de causalidad inmediata"; entendiendo por la misma, como el nexo causal por el cual el error sea consecuencia

¹³⁹ En este sentido se pronunció la S.T.S. 6-2-89 y otras

¹⁴⁰ Tomás Salvador Vives Antón; idem; pág. 870

¹⁴¹ En igual sentido Bajo Fernández, idem, pág. 173: "puede consistir tanto en hacer entrega de o gravar una cosa, como prestar un servicio".

¹⁴² Miguel Bajo Fernández, idem, pág. 174

¹⁴³ Según Bustos Ramírez, al igual que otros autores: "Si hay compensación económica no habrá estafa". (idem, pág. 229)

¹⁴⁴ Rodríguez Devesa, idem P.E. pag. 485; Vives Antón, idem pág 860; Bajo Fernandez, idem pág 175; Valle Muñiz, idem pág. 152

¹⁴⁵ Como S.T.S. 11-10-75, 11-2-76, 4-12-80, 11-3-81, 26-2-82, 19-11-83, 5-11-84, 25-10-85, 24-9-86, etc. etc.

del engaño bastante [¹⁴⁶], el acto de disposición sea a causa del error, y el perjuicio propio o de tercero sea resultado del acto de disposición.

Aparte del tipo básico de estafa del art. 528, también existen otras formas llamadas "cualificadas" que se especifican en el art. 529, de las cuales y en referencia al delito de cheque en descubierto, solamente son posibles de cometer por medio de este documento las de los párrafo 7 que dice: "Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación" [¹⁴⁷].

Y del párrafo 3: "Cuando se realice con abuso de firma en blanco...". Según la jurisprudencia, como S.T.S. 9-4-76 y 23-4-81, suele vincular esta figura delictiva con la falsedad [¹⁴⁸].

En conclusión, la "ley motif" de la estafa consiste en viciar la voluntad de sujeto pasivo, con objeto de que efectue la entrega de la cosa que se le pretende defraudar. (S.T.S. 14-6-90)

Lo cual nos lleva al meollo de la cuestión, ya que la **distinción con el delito del art. 563 bis-b**, aparte del bien jurídico que se proteja [¹⁴⁹], se basará al entender de la doctrina y jurisprudencia en la cuestión del engaño previo o no, además de los otros elementos de cada tipo de delito [¹⁵⁰].

Efectivamente, según la sentencia del 8-5-80: "Estaremos ante la estafa, delito de resultado y contra al patrimonio individual, cuando hay engaño antecedente mediante el cheque, que viene así a aparentar saldo en cuenta corriente. En cambio, habrá delito de cheque en descubierto, que atenta contra la seguridad del tráfico mercantil, y es un delito abstracto, cuando se emite el cheque o talón como título valor, contra una cuenta corriente sin que existan fondos bastantes en poder del librado, para hacerlo efectivo, actuando en función de pago ineficaz de una

¹⁴⁶ Por eso no será estafa aquellos casos de error pasivo

¹⁴⁷ Con dicho criterio se deja bastante al arbitrio judicial para determinar cual es el perjuicio necesario para poderse apreciar. Según S.T.S. 31-10-85 se considera que alrededor de un millón de ptas. es suficiente. Lo que contrasta con la penalidad del art. 563 bis-b, donde no se tiene en cuenta para nada el importe del cheque en descubierto (según se vera en el cap. VI,4)

¹⁴⁸ Miguel Bajo Fernandez, idem, pág. 197. Entiende que es una forma de estafa impropia, porque no se exige el engaño.

¹⁴⁹ Salvo lo dicho en el capítulo II, epígrafe IV), 1)

¹⁵⁰ Ver S.T.S. 24-1-86, 10-2-87, 24-10-88, etc.

prestación lícita de cualquier tipo.." [151].

En iguales argumentos se expresó SUAREZ MONTES [152] al decir: "Se produce la estafa cuando la creencia en la existencia de fondos, provocada en el tomador por la promesa de pago insita en el cheque, sea el medio engañoso de que se sirve el librador para que aquél realice, en consecuencia, el acto dispositivo". No habiendo estafa -según dicho autor- "si el cheque se da en pago de una obligación contraída con anterioridad sin engaño, o para poner término a una relación existente entre librador y tomador, cuyo origen y vida sea independiente de la entrega del cheque".

A pesar de haberse transcurrido casi nueve años con la sentencia del 21-4-89, la distinción entre ambos delitos se basa en similares fundamentos jurídicos: "El delito de cheque en descubierto, constituye una infracción contra la seguridad del tráfico mercantil, mientras que la estafa, es un delito patrimonial o contra la propiedad; y en el primero el perjuicio es anterior al nacimiento o dación del cheque, y por consiguiente, el impago del mismo, no es la causa desencadenante del perjuicio patrimonial antedicho, aunque, el tenedor legítimo vea esfumarse su fundada esperanza de cobrar un legítimo crédito, mientras que el mismo cheque, librado con finalidad defraudatoria, no se diferencia en nada del delito de estafa, siendo el engaño, o el resorte estimulador, que vicia el consentimiento de la contraparte y la determina a realizar una prestación, la ficción de solvencia que entraña el libramiento del cheque, y siendo consecutivo, a esa ficción, el perjuicio patrimonial, el cual es originado o generado causalmente, por el libramiento y dación del cheque, para cuyo pago carece de fondos, el librador, en poder del librado, para que pueda ser atendido en el momento de su presentación y vencimiento." (Idem S.T.S. 24-1-86).

En parecido sentido se expresó también la sentencia 24-11-89: "La jurisprudencia ha diferenciado el delito de cheque en descubierto, afectante a la seguridad del tráfico mercantil, y sin exigencia de un propósito defraudatorio, del propio delito de estafa, en el que la ficción o apariencia de solvencia que entraña la emisión del cheque, va encaminada, como instrumento o resorte estimulador, a viciar la voluntad o consentimiento de otra persona, consiguiendo de tal modo la entrega de una cosa o la efectución de una prestación que de otra suerte no hubiera realizado, acusándose una realización o nexo de causalidad entre la emisión fraudulenta del cheque en descubierto y el desplazamiento patrimonial producido, evidenciándose el ardid

¹⁵¹ En igual sentido las sentencias 22-10-74, 14-10-75, 19-4 y 21-6-76, 23-2-77, 18-10-78, 6-3-79, 20-10-80, etc. etc.

¹⁵² Rodrigo F. Suarez Montes: "El Cheque en Descubierto"; editorial Ariel, página 60

defraudatorio y de ilícito lucro que presidió la actuación del sujeto activo de la estafa, infracción que absorbe el delito contra la seguridad del tráfico mercantil.." Idem 11-2-77 [¹⁵³]

Vemos pues, que el problema esencial en definitiva estriba del concepto doctrinal y jurisprudencial que se tenga como válido sobre vocablo "engaño bastante" [¹⁵⁴].

Para algunos autores como QUINTANO RIFOLLES: "La entidad del engaño, su cantidad, ha de ser medida, no exactamente con cálculos cuantitativos, sino de relación con su eficacia operativa".

Como lo indica VALLE MUÑIZ [¹⁵⁵]: "La gran mayoría de la doctrina procurará delimitar el engaño típico en el terreno de la relación de causalidad. Y más concretamente, aferrándose a la teoría de la causalidad adecuada".

Jurisprudencialmente -según el citado autor y hemos visto más arriba- el engaño en la estafa parte de dos módulos: el primero es "el carácter previo o antecedente de la disposición patrimonial", y el segundo de la "adecuación, efectividad, relevancia e idoneidad para producir el error en el sujeto pasivo, y consecuentemente, el posterior desplazamiento patrimonial".

Según razona CUELLO CALON: "con anterioridad a la promulgación del vigente Cód. penal el pago con cheques o talones de cuenta corriente, al no estar específicamente tipificado, se sancionaba como delito de estafa, ya que el que entrega en pago un cheque sin la existencia de provisión aparenta bienes de los que carece, como medio para conseguir una ulterior defraudación, meta final de sus actividades, ocurre pues, en estos hechos el engaño y la defraudación, elementos integrantes de la estafa. Más la entrega de cheques sin provisión, puede hacerse en pago de una deuda anteriormente contraída, no siendo medio para causar un perjuicio patrimonial, y por tanto no punible como estafa. A efectos de colmar esta laguna y sancionar las referidas actividades anteriormente atípicas, se creó la figura delictiva del art. 563 bis-b núm. 1" [¹⁵⁶]

¹⁵³ En igual sentido las sentencias 18-10 y 5-11-1983; 13-2, 6-4 y 29-11-84; 29-1 y 30-12-85; 24-1-86; 6-5 y 4-12-87, etc.

¹⁵⁴ En los diccionarios se dice: "Falta de verdad, fraude, error, trampa, falsedad, engañar". Y engañar es: "Dar a la mentira apariencia de verdad".

¹⁵⁵ José Manuel Valle Muñiz, idem, pág. 145

¹⁵⁶ Citado por Arturo Majada, idem, pág. 248

En nuestra opinión, de no existir perjuicio patrimonial ninguno, es volver a la prisión por deudas, y en concreto a las deudas por medio de cheques [157], vulnerando en consecuencia el principio de mínima intervención y algún tratado [158].

Como puede observarse, salvo sus respectivos elementos del tipo, el eje central para la distinción de ambas figuras delictivas, estriba en el "engaño bastante previo" [159], lo que a mi juicio no justifica de por sí sólo la creación del delito de cheque en descubierto de una forma autónoma, pues tanto en un delito como en otro, el resultado final en el fondo será el mismo, el perjuicio patrimonial del tomador [160], es decir, en los dos delitos se producirá en definitiva un fraude, ya que el que realiza un servicio solicitado o efectúa una venta al futuro librador, la efectuará en base a la esperanza fundada (error por engaño) de que recibirá posteriormente la contraprestación debida, o sea, el pago o el mandato puro y simple de pagar que es el cheque [161], el cual si es sin fondos, igualmente producirá un perjuicio patrimonial, independientemente de que con uno de ellos se ataque o no a la seguridad del tráfico mercantil, pues de saber el empresario o el vendedor que no cobrará, indubablemente que no realizará lo solicitado.

Nótese por ello, que en el art. 528 del C.P. no se menciona de una forma expresa cuando tiene que producirse el engaño, si antes o después del acto de disposición, en mi opinión el tema más bien es una exigencia jurisprudencial para poder dar vida al art. 563 bis-b.

Actualmente tal como están tipificados los dos delitos referidos, se tendrá que tener en cuenta esta cuestión de matiz

¹⁵⁷ Ver su función económica, capítulo I, epígrafe 2)

¹⁵⁸ Ver prisión por deudas, en cap. I, epígrafe 3,1)

¹⁵⁹ S.T.S. 5-11-83: "...Por tanto la diferencia esencial estriba, en determinar el momento del engaño, si éste es anterior y determinante de la extensión del cheque, en virtud de una simulación de saldo en cta. cte. se trata de una estafa, en cuanto al engaño precedente, le acompaña como consecuencia el cheque sin fondos. Si por el contrario, el cheque, el saldo, la cuenta corriente no se han tenido en cuenta para determinar el negocio jurídico correspondiente y sólo cuando el mismo está normalmente perfeccionado, una de las contraprestaciones es la de cheque sin fondos, estamos en el delito de cheque en descubierto"

¹⁶⁰ Ver lo expuesto en el capítulo II, epígrafe 4, 1)

¹⁶¹ O cualquier otro medio de pago como el pagaré, la letra de cambio, la transferencia, el giro, etc. etc.

(saber si el engaño es previo o no), para poder apreciar un delito u otro, incluso prodrá existir entre ellos el concurso real, según S.T.S. 30-4-85, 25-3-86, 10-2-87, etc.

b) **La Falsificación.** Tal como vimos en el capítulo II, epígrafe 4), actualmente se considera a la Fe pública (en sentido amplio) como el bien jurídico protegido en las falsedades [142].

Pero más concretamente, según señala ORTS BERENGUER [143], dentro de las falsedades: "en cada tipo delictivo puede descubrirse su específico objeto de protección, pero a la postre, lo que subvierten los comportamientos tipificados es la **seguridad del tráfico jurídico**, con el riesgo de crear una situación de desconfianza en los ciudadanos, por más que en unos prime la protección a la fe pública, y en otros el valor probatorio.." [144]. En otras las S.T.S. 10-3-71, 25-2-77 y 20-1-89 [145].

En términos parecidos se expresa CASAS BARQUERO [146]: "la seguridad del tráfico jurídico documental, entendida como la seguridad en la circulación de los documentos."

Pero la falsificación que aquí nos interesa, es la referida a la que pueda cometer un particular en documentos públicos u oficial, en letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, según reza el art. 303 del C. penal, en relación con el art. 302 CP.

¹⁴² En este sentido Cuello Calón, *idem*, pág. 255

¹⁴³ E. Orts Berenguer (y otros): "Derecho penal" P.E.; editorial Tirant lo Blanch; página 194

¹⁴⁴ Para BINDING el bien jurídico protegido es "la pureza de la condición de prueba condicionada por la legitimidad y veracidad de los medios dde prueba".

¹⁴⁵ S.T.S. 20-1-89: "El delito de cheque en descubierto del art. 563 bis-b responde al designio de proteger a la seguridad del tráfico mercantil, y así como cuando es el talón o cheque el instrumento que determina la entrega como contrapartida de otra prestación se dan todos los elementos del delito de estafa, la falsedad y el delito de cheque en descubierto responden a situaciones distintas y defienden bienes jurídicos distintos: en la falsedad, la verdad de lo establecido en el documento, en el delito de cheque sin provisión, la seguridad del tráfico mercantil en sentido estricto, porque en sentido amplio también, por supuesto, en las falsedades documentales mercantiles queda afectada dicha seguridad y el principio de confianza esencial en el comercio.."

¹⁴⁶ E.Casas Barquero: "Delito de Falsedad D.P. pág. 148

Por lo cual, y en primer lugar, tendremos que saber que es lo que entendemos por documento. Según RODRIGUEZ DEVESEA [167] el documento escrito: "es el que se da cuerpo a un contenido de pensamiento destinado a entrar en el tráfico jurídico" [168].

En segundo lugar, deberemos de analizar cuales son los **documentos mercantiles** o de comercio, ya que son los que afectan al cheque, pues el art. 303 sólo hace mención expresa de la letra de cambio.

Según la jurisprudencia [169]: "A efectos del art. 303 CP. son documentos mercantiles, los citados expresamente por el Cód. Comercio o las leyes especiales, tales como letras de cambio, pagarés o cheques, cartas de órdenes de crédito, cartas de porte, conocimientos de embarque, resguardos de depósito y otros muchos.... (S.T.S. 5-10-88).

En este mismo sentido se expresa también la S.T.S. 21-4-89: "El cheque, como el talón, es un título-valor de indiscutible naturaleza mercantil, pues se hallaba especialmente regulado en el Cód. de Comercio, y en la actualidad, lo regula la L.C.CH..., la falsedad cometida en uno o varios de esos títulos es crédito o con más propiedad, títulos valores, podrá incardinarse en el art. 303 C.P. (Idem S.T.S. 21-4-89 y 8-5-89, etc.)

Doctrinalmente [170] existe el consenso de que en las falsedades han de concurrir **tres elementos** principales:

1) Alteración del documento verdadero ya existente. 2) La falsedad ha de cometerse por alguno de los procedimientos descritos en el texto legal. 3) Creación o formación de un documento totalmente falso.

Según la naturaleza de este tercer elemento, las falsedades podrán ser "materiales" (consistentes en la confección material de un documento nuevo para que parezca como auténtico);

¹⁶⁷ José M. Rodríguez Devesa, idem, pág. 935

¹⁶⁸ En idéntico sentido Cuello Calón, idem, pág. 256. Recogiendo la sentencia del T.S. 3-4-73

¹⁶⁹ S.T.S. 15-11-88: "Documentos mercantiles según una reiterada jurisprudencia (2-11-70, 21-3-81, 20-5-82, 19-9-83, 10-1, 30-5, 10-6 y 17-12-86) son aquellos que reflejan una operación de comercio, un acto o derecho de naturaleza mercantil, o que tenga validez o eficacia para demostrar la realización o vigencia de los mismos, o se erijan en instrumentos para cancelación de obligaciones de tal carácter mercantil.. "

¹⁷⁰ Rodríguez Devesa, pág. 939; Cuello Calón, idem, pág. 262

"inmateriales" (que atentan a la verdad del documento original por variar algún dato de su contenido).

En conclusión, y según indica ORTS BERENGUER ^[171], junto a los ya vistos anteriormente tendremos que tener en cuenta dos requisitos nuevos: "La acción falaz ha de proyectarse sobre extremos esenciales del documento, de manera que éste se vea mudado en su sentido; y de otra parte, el documento, a resultas de aquélla, ha de conservar o alcanzar una apariencia de autenticidad, susceptible de inducir a error a un ciudadano medio".

La falsificación del cheque puede ser realizada de varias formas, aunque dentro de las principales, la primera puede ser la que se tipifica en el art. 302,1: "Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica".

En cuanto a la expedición de un cheque, lo realmente relevante será el falsificar la firma o rúbrica del librador, ya que la extensión de cheques por parte de terceras personas, como los empleados del titular de la cuenta o los propios empleados de los Bancos o Cajas es una tarea normal, tanto por mandato o por cortesía, que a la vez puede ser caligráfica como mecanográfica.

En este tipo pueden darse dos variantes: 1) Que se finja o simule la firma propia, tanto por un tercero como por el propio titular, pues en ambos casos igualmente existirá el dolo ^[172].

2) Que se finja o simule la firma de una persona imaginaria. En este supuesto la jurisprudencia igualmente considera que existirá falsificación, aunque la firma plagiada se atribuye a persona por completo irreal, según STS. 6-4 y 8-10-54, 4-10-72, 20-1-73, 2-3-76, 5-4-77, 22-5-85 ^[173].

En cambio, en el caso de estampar la propia firma en un cheque ajeno, no ha existido unanimidad de considerarlo como una falsedad, si bien actualmente parece que la jurisprudencia si lo aprecia como tal delito.

En éste sentido se expresa la reciente S.T.S. 17-9-90, que efectua una recopilación de la doctrina jurisprudencial en esta materia, afirmando a su vez: "Que el cheque suscrito, utilizando el nombre del titular o el propio, por quien no ostenta la titularidad, afecta a la totalidad y veracidad del documento, y

¹⁷¹ E. Orts Berenguer (y otros), idem, pág. 240

¹⁷² En este último caso, la jurisprudencia también considera que existe falsedad (S.T.S. 8-8-1939)

¹⁷³ Para Orts Berenguer, idem, pág. 243, este supuesto no dará lugar a efectuar la simulación del art. 302,1

en cuanto al mismo no requiere que conste la mención del titular, que sólo es conocida por cifras o dígitos, por éste o por la entidad librada que facilita el título, es evidente que la apariencia jurídica de la posesión, conlleva el surgimiento en el receptor de la confianza de que aquella aparenciase corresponde con la titularidad real, quebrantándose la fe pública..".

Efectivamente, según lo hemos visto en el epígrafe 1) de este capítulo, párrafo a) Ejecución imperfecta, al hacer referencia al "delito imposible" del art. 563 bis-b, cuando fuera realizado sobre una cuenta ajena, imaginaria o una cuenta cancelada, podría dar lugar (sino también estafa) a un delito de falsedad, aunque resultara "imposible" en cuanto al de cheque en descubierto.

De cualquier manera, ha de tenerse en cuenta la regulación que sobre este tema existe en la Ley Cambiaria, ya que en el art. 116 se dice: "Cuando un cheque lleve firmas de personas incapaces de obligarse o firmas falsas o de personas imaginarias, o firmas que por cualquier otra razón no puedan obligar a las personas que hayan firmado el cheque o a aquellas con cuyo nombre aparezca firmado, las obligaciones de los demás firmantes no dejarán por eso de ser válidas..". Y la responsabilidad del que firma sin poderes del art. 117.

Agregando el art. 156: " El daño que resulte de un cheque falso o falsificado será imputado a librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiera procedido con culpa".

Una segunda forma de falsificación del cheque, puede ser la contenida en el **párrafo 4 del art. 302** que dice: "Faltando a la verdad en la narración de los hechos".

Tales hechos constituyen una forma de falsedad de las llamadas inmateriales o ideológicas. No obstante como lo indica ORTS BERENGUER [174] dichos hechos tendrán relevancia penal "si incide sobre partes esenciales del documento, no si afecta a aspectos marginales, carentes de importancia, porque en sí mismos sean fútiles o porque no transmitan la menor influencia al contenido sustancial de aquél".

Para CUELLO CALON [175], comote este delito tanto "el que narra hechos imaginarios, como el que desfigura la verdad en la

174 E. Orts Berenguer, idem, pág. 246

175 Eugenio Cuello Calón: "Derecho Penal" P.E. tomo II; editorial Bosch; página 266

narración de hechos verdaderos". [176]

En mi opinión, ésto es lo que se produce al extender conscientemente un cheque en descubierto, pues el que ordena, manda o afirma, que en poder de un librado existe una cantidad determinada de fondos, disponibles a su favor o de un tercero, está narrando hechos imaginarios, o disfigura la verdad de los restantes verdaderos que pueda contener el cheque [177].

En este sentido también se expresó QUINTANO RIPOLLES [178]: "La indubitada mendacidad del aserto, puesto que se afirma en el documento mercantil algo que no es cierto, al suscribir la ritual fórmula del cheque "Sírvasse pagar con cargo a mi cuenta corriente; hoy: Páguese por este cheque".

Jurisprudencialmente también ha existido alguna sentencia del T.S. que se ha pronunciado en éste criterio, como la del 2-4-76: "la razón fundamental de ello es que la falsedad en documento mercantil, protege la seguridad del tráfico comercial, el 'rigor cambiario' y la fechaciencia que protege el documento. Por tanto, la alteración de alguno de sus extremos esenciales integra el delito del art. 303 en relación con las diversas modalidades del art. 302 del C.P." [179].

Por otra parte, me parece que existen argumentos de poco peso, cuando en la sentencia T.S. del 14-3-88 se intenta diferenciar a dicho tipo delictivo, con el del art. 563 bis-b, al decir: "Aunque suele verse en la seguridad del tráfico jurídico mercantil el bien jurídico protegido con la tipificación del art. 303 CP. al igual que sucede con el contemplado en el art. 563 bis-b, es lo cierto que se trata de dos enfoques perfectamente diferenciables, de modo que la figura delictiva de falsificación conecta con aquella seguridad de forma general, saliendo al paso de las falacias o supercherías que atentan contra la buena fe desde que la maniobra se realiza con vocación al tráfico hasta que el documento cumple su ciclo vital; mientras que en las infracciones reunidas bajo la rúbrica "Del cheque en descubierto", sólo contemplan la impostura en relación con el pago, es éste último extremo explica la excusa absolutoria recogida en el art. 563 bis-b, que insuficiente tal vez para

¹⁷⁶ En igual sentido Casas Barquero, idem, pág. 281

¹⁷⁷ Como lo mencionaba en el capítulo II, epígrafe 4,2), a mi juicio: "el cheque en descubierto es una falsedad", por los argumentos que allí exponía.

¹⁷⁸ A. Quintano Ripolles, idem (Tratado), pásg. 770

¹⁷⁹ Sentencia citada por Majada, idem, pag. 254

estimar, como bien jurídico el patrimonial individual, no deja de tener su importancia para delimitar frente a otros delitos el objeto de protección penal en cada caso".

Sin embargo, según indica BAJO FERNANDEZ [¹⁸⁰], citando a SUAREZ MONTES [¹⁸¹], para la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, se considera que la falta de verdad consistente en el libramiento de un cheque sin fondos, no es un hecho típico, o cuando menos punible, conforme al núm. 4 del art. 302.

Finalmente, también pueden ser supuestos de falsedades con el cheque, los párrafos 5: "Alterando las fechas verdaderas" y 9 del art. 302: "Simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad".

En cuanto al primero, y debido al texto art. 134 de la Ley Cambiaria, que refuta el contenido del art. 563 bis-b sobre la fecha consignada en el documento, actualmente habrá de tener poca aplicación tal tipo de falsedad en referencia al delito de cheque en descubierto, ya que en la actualidad al cheque se le considerará como un documento pagadero a la vista, sea cual sea su fecha.

En cuanto al segundo, tampoco será usual falsificar de una forma material a todo el documento, incluida la firma autógrafa; aunque ultimamente con la proliferación de los cheques de impresión mecanizada y con firmas estampadas por facsimil, se puede llegar a extender tal forma de falsificación.

En cualquier caso, sobre el concurso con la estafa valgan las S.T.S. del 22-4, 20-9 y 25-9-89 para ver la doctrina jurisprudencial en esta materia: "Si se trata de falsificación de documentos públicos, oficiales o de comercio -arts. 302 y 303 C.P.- como medio para cometer defraudación, puesto que para la perfección de la falsificación no es preciso daño o perjuicio para tercero, dicha defraudación, cuando la hay, o se intenta, mediante el vehículo de la inveracidad, mendacidad o mutatio veritatis documental, supone un 'plus' de antijuricidad que determina la punición de las dos infracciones, las cuales constituyen una hipótesis de concurso ideal o formal en su vertiente medial, instrumental o teleológica, regulada en el art.

¹⁸⁰ Miguel Bajo Fernandez, idem, pag. 375

¹⁸¹ Fabio Suarez Montes, idem, pag. 74. Sin embargo dicho autor reconocía que antes de la entrada del antiguo 535 bis, si era posible tal apreciación al decir: "Las normas penales que disciplinan la falsedad documental protegen, al igual que las demás escrituras, también alcheque. éste en su calidad de documento mercantil, es un escrito cuya falsificación, en cualquiera de las formas que le sean aplicables de las descritas en el art.302...", en relación con el art. 303.

71 C.P. [182]

En éste sentido se expresaba CUELLO CALON [183]: "La total creación de un cheque falso o el fingimiento de la firma del supuesto librador, constituye una falsedad esencial de mucho mayor relieve que la falacia propia del engaño, característico de la estafa. El hecho del que falsifica un cheque y lo cobra es de más relevante gravedad objetiva, y revela un delincuente más peligroso que el de librar un cheque sin fondos. La solución justa es estimar la existencia de dos delitos, (concurso medial), un de falsedad y otro de estafa, aquél como medio que perpetua éste, con la consiguiente aplicación del art. 71".

Cabe aclarar, que en las falsedades en documento privado del art. 306 no se producirá un concurso de delitos con la estafa, si no, que de cumplir aquél delito existiría un concurso de leyes, según lo indica la sentencia del T.S. 22-11-90 [184]

Ya que señalar también, que al entender de la doctrina, en las falsedades del los art. 302 y 303 no es preciso para que se produzcan, de que exista ningún ánimo de lucro, ni perjuicio, es decir, es indiferente el móvil determinate del hecho, el delito se consuma por el mero acto de haberse alterado, fingido o simulado la "verdad" del documento.

Doctrinalmente existe el debate sobre la posible comisión por imprudencia de las falsedades. En su contra están ANTON ONECA, MUÑOZ CONDE, ORTS BERENGUER [185]. En cambio está a su favor RODRIGUEZ DEVESA [186].

La jurisprudencia, según lo indica la sentencia del T.S. del 25-11-87, se inclina por admitir tal forma de comisión, si de

¹⁸² Veánse STS. 13-3-81, 31-1-83, 15-6-85, y 28-6 y 27-7-88.

¹⁸³ Eugenio Cuello Calón: "La protección penal del cheque"; editorial Bosch; página 93

¹⁸⁴ "2) Si se trata de falsificación de documentos privados como medio de cometer estafa, siendo, el perjuicio del tercero, o ánimo de causárselo, parte integrante de esta especie de falsedad, la solución se decanta por el concurso de leyes o con conflicto aparente de leyes, dirimiéndose la cuestión merced al criterio de alternatividad o de la gravedad, consagrado en el art. 68 del Cód. penal". En igual sentido STS. 10-2 y 29-10-82, 24-3 y 27-4-88.

¹⁸⁵ E. Orts Berenguer, idem pág. 251

¹⁸⁶ Jose M. Rodriguez Devesa, idem P.E., pág. 942

falsedades ideológicas se trata [187]

Téngase en cuenta que dicha sentencia es anterior a la reforma del 89. Personalmente pienso que en los temas de la apreciación de la imprudencia en los delitos, ha tener muy en cuenta la última Reforma de Act. del Cód. penal del 1989, por la cual solamente es punible con carácter general en el art. 565, la imprudencia temeraria. Además existe la tendencia legislativa, de solamente apreciarla en los delitos cuando expresamente así se disponga. (art. 11 del Borrador Antp. C.P. -octubre 90).

Finalmente cabe reflexionar, por todo lo que llevamos expuesto sobre la estafa y la falsedad en relación con el art. 563 bis-b, que quizás las palabras de QUINTANO RIPOLLES [188] no sean una cosa tan disparatada, como en un principio pudiera parecer a la luz de la jurisprudencia que mantiene a ultranza sobre la autonomía del delito de cheque en descubierto, pues si al emitirse un cheque en descubierto existiera un perjuicio patrimonial, tenemos el bien jurídico tutelado por las estafas (art. 528 y siguientes), y si no existe tal perjuicio, sino que solamente se atenta contra la seguridad del tráfico documental, tenemos las falsedades de los arts. 302 y siguientes, por lo cual el ámbito legal del art. 563 bis-b nos parece algo confuso.

Se podría argumentar por sus férrimos defensores, que el art. 563 bis-b no solamente abarca la modalidad de cheque en descubierto, sino que en él existen dos tipos más delictivos: el retirar los fondos impidiendo su pago, y el negociar un cheque en descubierto a sabiendas de su falta de cobertura.

Sobre esta cuestión, es por la que voy abordar en el párrafo siguiente, el tema de la apropiación indebida en relación con el delito de cheque en descubierto.

¹⁸⁷ S.T.S. 25-11-87: "Por lo que se refiere a la falsedad documental por imprudencia, tras la polémica doctrinal que el tema provocara, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por denegar tal posibilidad en los casos en que el tipo reclama un ánimo especial, denotador del dolo, y en general, siempre que incluya un elemento subjetivo del injusto, permitiéndola en los demás casos, singularmente si de la falsedad ideológica o intelectual se trata. (sentencias 28-5-82, 21-11-83 y 13-12-85)

¹⁸⁸ A. Quintano Ripolles, idem, pag. 770: "Pueden ser innecesarias otras referencias específicas, por poderse encuadrar holgadamente el hecho tanto en las figuras de falsedad documental como en las de estafa, en aquéllas al faltarse a la verdad sobre lo afirmado en un documento privilegiado penalmente, como es el mercantil, y en éstas, el caso de perseguirse propósitos defraudatorios preordenados al libramiento".

c) **La Apropiación Indebida.** Existe la coincidencia mayoritaria, tanto a nivel jurisprudencia como doctrinal [189], de que el bien jurídico protegido en el art. 535 es la propiedad, aunque tal como señala VIVES ANTON [190], existirán ocasiones en la apropiación indebida de dinero o demás cosas fungibles, en que se planteará problemas para su apreciación.

Por ello indica BUSTOS RAMIREZ [191], que el bien jurídico más adecuado sería el patrimonio, en relación con su capacidad de disposición del propietario. Criterio que también es compartido en algunas sentencias por el Tribunal Supremo. [192]

El objeto material de este delito es el: "dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble". Dichos objetos deben de tener un valor objetivo, efectivo o potencial, según señala SAINZ-PARDO, valuable en dinero, ya que para regular la punibilidad de la apropiación indebida, el propio art. 535 nos remite al art. 528, que establece la pena para las estafas en función del valor de la defraudación [193].

Si bien esta figura delictiva no tiene parentesco directo con la estafa y las defraudaciones, existe con ellas una secuencia de graduación en el ataque contra el patrimonio, que va desde la sustracción en el hurto y robo, pasando por el abuso de confianza en la apropiación indebida, y terminando con el engaño en la estafa. [194]

En el Derecho español, según apunta RODRIGUEZ DEVESA [195]: "Están excluidos del ámbito del art. 535 los casos de simple

¹⁸⁹ S.T.S. 15-11-72, 25-4-75, 14-1-76, 4-7-80, 20-1-84, 20-12-85, 24-9-86, etc. En doctrina: Rodríguez Devesa, Vives Antón

¹⁹⁰ Tomás S. Vives Antón (y otros), *idem* P.E, pág. 908

¹⁹¹ Juan Bustos Ramírez: "Manual de Derecho Penal P.E."; editorial Ariel; página 241

¹⁹² Como las del 20-1-86 y 3-4-86 "lo protegido en tales casos no puede ser ya la propiedad del dinero como cosa, sino el derecho al valor que el mismo representa. El delito pasa a sí a proteger determinados derechos de crédito y a consistir, por lo tanto, no en una auténtica apropiación de cosas, sino en una disposición abusiva de valores patrimoniales" (Vives Antón p.910)

¹⁹³ Jose A. Sainz-Pardo Casanova: "El delito de Apropiación Indebida"; editorial Bosch; página 84

¹⁹⁴ Juan Bustos Ramírez, *idem*, pág. 242

¹⁹⁵ Jose M. Rodríguez Devesa, *idem*, pág. 402

apropiación, porque se requiere que la posesión se tenga por un título que obligue a entregar o devolver la cosa recibida, y por tanto a de mediar una relación de confianza".

Efectivamente, según el art. 535, **el sujeto activo** sólo puede ser el que "hubieren recibido (los objetos) en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos". [196]

Por lo cual ya podemos afirmar, que en un principio existen **dos elementos del tipo**: la recepción y el título obligacional de devolución [197]; siendo en consecuencia dicho delito de la clase especial.

Posteriormente, al aparecer el abuso de confianza, se produce el delito, ya que el poseedor legítimo se niega a devolver la cosa con ánimo de lucro, con lo cual ya tenemos el tercer elemento.

Finalmente como cuarto elemento, ha de existir un perjuicio patrimonial para el legítimo propietario, es decir, un enriquecimiento para el poseedor, que por su negativa a cumplir su obligación de restitución se convierte en ilegal. Por ello la doctrina mayoritaria entiende que dicho delito es de resultado, aunque existen algunos autores desidentes. [198]

En este criterio se manifiesta la jurisprudencia en su sentencia del 14-2-78 al afirmar en referencia al art. 535: "Los elementos estructurales de dicha infracción son: posesión legítima de cosa mueble en virtud de título sólo traslativo de dicha posesión y no de la propiedad; incorporación de dicha cosa al propio patrimonio; ánimo de lucro; y perjuicio para el titular o para un tercero" [199].

¹⁹⁶ Tal como señala Vives Antón, *idem*, pág. 911: "los títulos relevantes serán los que transfieren la posesión de la cosa, siempre que con ella, no transfieran el dominio"

¹⁹⁷ En este sentido se pronuncia la S.T.S. 26-3-86 al decir: "Que cumplan una doble condición: que no produzcan transmisión de la propiedad del objeto contractual, y que lleven consigo la obligación de retorno o devolución".

¹⁹⁸ Miguel Bajo Fernandez, *idem*, pág. 281; Jose A. Sainz-Pardo Casanova, *idem*, pág. 156 y siguientes (De mera actividad).

¹⁹⁹ En igual sentido las S.T.S. 13-6-85, 25-6-85, 25-2-86, 30-4-86, 27-10-86, 20-1-87, 29-12-87, 19-5-88, etc. etc.

Según señala ALONSO SAMA [200]: "El cheque también puede ser objeto de una apropiación indebida, por parte de quién en un principio lo posee legítimamente, y en lugar de entregarlo al tomador señalado por el librador, lo hace suyo cobrando su importe injustamente. Cuando los cheque son al portador y su poseedor los cobra en provecho propio, la apropiación indebida no ofrece duda; pero no ocurre lo mismo cuando los cheques son nominativos o a la orden".

En este último caso puede ocurrir que los hechos también tengan la forma de una estafa, con lo que se podría producir un concurso real con la apropiación indebida [201].

Sin embargo en la sentencia del 11-2-77, se apreció un concurso de normas con el art. 563 bis-b al decir: "que la Sala 'a quo' obró certeramente al calificar los hechos realizados por el procesado como integrantes de un delito de apropiación indebida, y no de simple emisión de cheque en descubierto, con desplazamiento del art. 563 bis-b, y virtual aplicación del concurso de normas previsto en el art. 68 del Código, pues se desprende con evidencia del relato probatorio que la entrega de los cuatro cheques nominativos por el procesado, se llevó a cabo para garantizar el depósito de los géneros que retiró de la fábrica para su posterior venta en comisión..

En parecido sentido la referida S.T.S. 14-2-78, se apreció el delito del art. 535, a pesar de ser cometido mediante cheque nominativos: "por consiguiente, quien como en el caso presente adquiere legítimamente la posesión, si, aprovechando las facilidades que su tenencia le depara, y asumiendo funciones o facultades dominicales que no le competen, no lo entrega al titular señalado por el librador e inserto en el propio cheque, sino que decide hacerlo suyo, mediante una cesión o endoso falseados... y recibir su importe que ingresa en su propia cuenta corriente, cometerá el delito mencionado, máxime si recibió el antedicho cheque como mandatario del librador y con cargo expreso de entregarlo a la tomadora,, puesto que concurren los elementos"

En cambio también suele ocurrir, a pesar del párrafo último del art. 563 bis-b, que el delito de apropiación indebida se aprecie junto al de cheque en descubierto, formando un concurso de delitos, tal como se observa en las siguientes sentencias:

21-1-85 "El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de apropiación indebida de cuantía muy cualificada y otro continuado

²⁰⁰ Juan Ant. Alonso Sama (y otros): "De la letra de cambio y del cheque", editorial C.E.U. Erecas, página 220

²⁰¹ Según sentencias T.S. 2-10-76, 28-2-90, 5-3-90

de emisión de cheque en descubierto, sin circunstancias a la pena de dos años de prisión menor por el primero y a la de cuatro meses y un día de arresto mayor por el segundo".

21-5-85 "El T.S. declara no haber lugar al recurso y dicta auto por el que revisa la sentencia recurrida y condena al procesado a la misma pena por el delito de cheque en descubierto (tres meses de arresto mayor), y a la pena de tres años y seis meses de prisión menor por el delito de apropiación indebida".

26-3-86 "El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por JM. R.R., contra sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito de apropiación indebida, a la pena de un año de prisión menor y como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, a la pena de tres meses de arresto mayor y al pago de las costas procesales, absolviéndole del delito de alzamiento de bienes de que era acusado, con declaración de oficio de las costas..."

Como puede observarse, las penas del delito de cheque en descubierto son bastante menores que las del resto de delitos que puedan ser afines, con lo que parece que el art. 563 bis-b sea un delito "menor" [202]

En relación a las formas tipificadas en los párrafos 2 y 3 del art. 563 bis-b, baste decir aquí, que el librado (Banco o Caja) siempre tendrá acción penal contra el librador que injustamente se hubiera enriquecido de su condición de titular de una cuenta corriente.

En cuanto al tomador de un cheque sin fondos, para este supuesto, quizá fuera útil la aplicación de la tipicidad del art. 304 que dice: "El que a sabiendas presentare en juicio, o usare con intención de lucro, un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior a un grado a la señalada a los falsificadores". [203]

Finalmente señalar, que el párrafo último del art. 563 bis-b de remisión a otro delito más grave, en mi opinión, parece que sea una cláusula de autodestrucción del propio artículo, al demostrarse su superficial creación, pues el hecho de emitir un cheque en descubierto podrá encuadrarse según el Código penal, tanto en el art. 528 si es una estafa, como en el art. 303 si es una falsedad, o el 353 si es un apropiación indebida. Quedado el 563 bis-b para los casos etéreos del "tráfico mercantil".

²⁰² Ver sobre ampliación del tema el capítulo VI, 4)

²⁰³ Para más información me remito a lo ya analizado en el capítulo IV, epígrafes 3 y 4 sobre el Juicio de Culpabilidad.

CAPITULO SEPTIMO

LA PUNIBILIDAD EN EL CHEQUE EN DESCUBIERTO

LA PUNIBILIDAD EN EL CHEQUE EN DESCUBIERTO

Según SAINZ CANTERO [¹], la punibilidad puede ser entendida de **dos formas distintas**: 1) "Como una previsión legal y abstracta de la pena"; y 2) "Como posibilidad de aplicar la pena conminada a una conducta típica, antijurídica y culpable".

En relación a esta segunda concepción, dicho profesor define la punibilidad como: "La posibilidad jurídica de imponer una sanción penal al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable".

Para dicho autor, la punibilidad forma parte y es elemento integrante del concepto de delito, en base a dos consideraciones: la existencia de excusas absolutorias y causas personales de exclusión de la pena; y la propia definición del delito del art. 1 del Código Penal [²].

En cambio ANTON ONECA nos habla solamente de "Penalidad" [³], diciendo al respecto que "tiene su contenido propio (e independiente) en el sistema del delito, pues hay acciones típicamente antijurídicas y culpables que, sin embargo, no son punibles". Es decir, la pena es una consecuencia del delito, pero no forma parte como elemento integrante del mismo.

Como indica el profesor MANUEL COBO [⁴], en la historia dogmática existe una polémica sobre la naturaleza jurídica de la punibilidad como elemento integrante del delito, distinguiéndose **tres corrientes**: "1) La de quienes niegan a la punibilidad no sólo la condición de elemento del delito, sino incluso la cualidad de ser nota necesaria como referencia conceptual para definirlo [⁵]; 2) La de quienes la consideran simplemente una referencia conceptualmente necesaria del delito [⁶]; y 3) La de aquellos que la entienden como elemento esencial de la estructura

¹ José A. Sainz Cantero, *idem*, (libro III), pág. 123

² En este sentido L. Jiménez de Asua: "La Ley y el Delito"

³ José Antón Oneca, *idem*, pág. 261

⁴ Manuel Cobo del Rosal: "La Punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho Penal Español"; Estudios Penales y Criminológicos VI en Santiago de Compostela 1983; página 23 y sgs.

⁵ En este sentido MAYER, DOHNA, WELZEL

⁶ En este sentido MEZGER, GRISFIGNI, ANTOLISEI, etc.)

del delito [7].

En nuestra doctrina penal española, la corriente que ha adquirido un mayor auge en la actualidad es la segunda, cuyos autores forman parte del sistema llamado **finalista** [8], en cuyos postulados se prescinde de la punibilidad para definir al delito, aunque se la considera como una consecuencia necesaria del mismo.

Por mi parte entiendo, que los postulados de SAINZ CANTERO a pesar de la corriente finalista aun conservan toda su fuerza, ya que tal como se observa en el propio art. 1,1 del Cód. Penal [9], es allí donde se resuelve la cuestión, pues en el mismo se exige que las acciones y omisiones (dolosas o culposas) para que sean delitos o faltas es necesario que estén penadas por la ley.

Con lo cual creo yo, que el elemento de "punible" en el concepto del delito, tiene tanta validez como cualquier otro de los vistos en los capítulos anteriores. Es decir, que el delito será delito si lleva aparejada una pena, pues en caso contrario se infringiría el principio de Legalidad ya visto [10].

I) EVOLUCION DE SU PENALIZACION

El objeto de este epígrafe no es otro, que el efectuar una reflexión sobre los diferentes tipos de penas habidos en España, durante la evolución legislativa penal del cheque en descubierto; así como efectuar una estadística sobre este delito en comparación con el de la estafa, desde 1.971 donde se tipificó definitivamente al cheque en descubierto como un delito autónomo.

Con ello pretendo indicar, que el "hecho" no de emitir cheques en descubierto por parte de la población española, en base a su tipicidad dentro de la parte especial del Código penal y de sus diferentes penas, **no ha causado el efecto esperado** [11],

7 En este sentido BATAGLINI

8 Gimbernat, Muñoz Conde, Quintero Olivares, Mir Puig, etc..

9 Ver mi definición del delito en capítulo II, epígrafe I

10 En la Introducción, epígrafe segundo

11 E. Cuello Calón en La Protección Penal de Cheque, pag. 7 y siguientes: "Ni las sanciones fiscales, ni los preceptos generales del Derecho común son suficientes, por lo que se estima que es necesario crear disposiciones penales especiales".

"Si se aspira a proteger la seguridad del cheque es preciso defenderla no sólo contra la intención criminal, sino también contra el descuido y la falta de precaución de sus libradores y tenedores, quienes, con su conducta negligente, pueden dañar gravemente la confianza pública en este medio de pago".

A. Quintano Ripolles en *De Nuevo sobre el Cheque en Descubierto*, pag. 83: "Esperamos confiadamente en que con el flamante art. 535 bis el desarrollo económico nuestro les superará en fecha no lejana... (refiriéndose a los países donde no se penaliza el cheque en descubierto como Inglaterra, Alemania).

Preámbulo de la Ley 44/1971: "Su colocación sistemática ha producido dificultades en la práctica, porque no siempre el libramiento de un cheque en descubierto tiene finalidad defraudatoria, aunque en todo caso, compromete la seguridad del tráfico jurídico mercantil, que merece siempre una enérgica protección".

además de resaltar el coste procesal que su inclusión penal representa.

1) Diferentes Tipos de Penas habidas en España

Como hemos visto en el capítulo II (epígrafe I, apartado 1 antecedentes del cheque como delito en nuestra legislación), la regulación penal del cheque en descubierto puede dividirse en **dos grandes grupos**: a) como una forma de estafa; y b) como un delito autónomo.

El primer grupo como ya se dijo, arranca del art. 725,21 del **Código Penal de 1928**, en el cual se penalizaba el cheque en descubierto como una modalidad de estafa, estableciéndose una punibilidad que podía oscilar entre tres meses hasta doce años, según el valor de la defraudación realizada, con lo cual el elemento valor patrimonial era determinante para fijar la pena.

Dicho Código tuvo teóricamente una escasa incidencia, ya que el 15 de abril de 1931 fue derogado [¹²], restableciéndose la vigencia del Código de 1870. En tal texto no se contemplaba la forma de estafa por medio de cheque sin fondos, al igual que tampoco lo hizo el Código penal posterior de 1932.

Con la **Ley del 16 de marzo de 1939** [¹³], se pretendió paliar

¹² Anulado concretamente

¹³ Destinada a regular los pagos al Tesoro Público mediante la entrega de cheques

la no penalización del cheque sin fondos del Código de 1932, remitiéndose tales hechos en pago de tributos al art. 523,1 (estafas) de dicho Código, señalándose las penas del art. 522,4 que establecía la pena de presidio menor, en sus grados medio y máximo [¹⁴], lo que constituía la máxima sanción dentro de las estafas, independientemente de la cuantía del efecto.

Pero al ser derogado el Código de 1932 por el Texto Refundido del Cód. Penal de 1944, la concordancia de los artículos no se hizo en su totalidad, ya que el art. 523,1 del derogado C.P. de 1932 pasó a ser el art. 529,1 del C.P. del 1944, quedando el art. 522,4 (el de la pena) del texto de 1932 sin ningún artículo concordante en el texto de 1944, por lo que se consideró derogada la Ley 16-3-1939 [¹⁵].

Para paliar dicho efecto, el Ministro de Hacienda [¹⁶] dictó la Orden del 14 de febrero de 1951, en donde aclaraba que la pena aplicable eran las del art. 528,1, el cual establecía la sanción en los delitos de estafas de presidio mayor [¹⁷], igualmente con independencia de la cuantía del efecto.

Como antes he mencionado, el segundo grupo de punibilidad del cheque en descubierto está formado por los artículos que tipifican este delito de una forma autónoma, esto se produce por primera vez con el art. 535 bis del Código Penal, texto revisado de 1963, en el cual se contemplaban tres tipos de penas: arresto mayor o multa del triplo al décuplo del importe del cheque, si el delito era doloso (art. 535,1 bis); multa del tanto al duplo, si el delito era culposo (art. 535,2 bis); arresto mayor o multa en su grado máximo, en los casos agravatorios con propósito de defraudar (tipo de estafa contemplada en el párrafo tercero del art. 535 bis), salvo que correspondiera otra mayor con arreglo al art. 528 (de estafa). En todas estas modalidades tampoco se tenía en cuenta la cuantía del documento.

Y finalmente con la Ley 44/1971 de 15 de noviembre se crea el art. 563 bis b del Código Penal. Con esta tipicidad el legislador pretendió hacer del cheque en descubierto un delito

¹⁴ Lo cual equivalía a la duración de 2 años, 4 meses y un día a 6 años

¹⁵ En este sentido Cuello Calón; Castejón, etc.

¹⁶ Se aclaró en su inciso VII "que el pago mediante entrega de cheque, cuando no hubiere en poder del librado provisión bastante de fondos, se considerará comprendido en el número 1 del art. 528 (del C.P.), cualquiera que sea la cuantía del efecto".

¹⁷ Cuya duración era de 6 años y 1 día a 12 años

abstracto, formal o de simple actividad, con tres tipos de figuras delictivas: librar, retirar y negociar [¹⁶].

Según al entender de la doctrina mayoritaria, la reforma del 1971 no hizo otra cosa que ratificar la jurisprudencia que el Tribunal Supremo tenía en aquellos momentos sobre este tema, aunque posteriormente dicha jurisprudencia ha ido superando el propio texto de la Ley, según se ha visto a lo largo de los capítulos precedentes.

Originariamente la pena del artículo 563 bis-b fue la de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 ptas., salvo el caso previsto en el art. 529,1 del mismo Código penal

El último párrafo del 563 bis-b remitía a lo previsto en el art. 529,1 del propio Código Penal, el cual tipificaba entre otras un tipo de estafa "aparentando saldo en cuenta corriente", cuya penalidad era según el art. 528:

1* Con la pena de presidio mayor si la defraudación excediere de 600.000 ptas.

2* Con la de presidio menor excediendo de 150.000 ptas. y no pasando de 600.000 ptas.

3* Con la pena de arresto mayor si la defraudación fuere superior a 15.000 ptas. y no excediere de 150.000 ptas.

4* Con la de arresto mayor si no excediere de 15.000 ptas. y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por el delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida [¹⁷].

La remisión del último párrafo del art. 563 bis b al 529-1, tiene su base en la diferenciación de la finalidad del cheque en descubierto tal como expone el preámbulo de la Ley del 1971: "La emisión de cheque sin cobertura metálica que se emplea, como medio engañoso, con una finalidad defraudatoria, y tiene indubable parentesco con la estafa en el art. 529-1, y por otro, el mismo libramiento cuando no tiene la finalidad apuntada".

Posteriormente, aun manteniéndose el tipo de pena privativa de libertad de arresto mayor (de un mes y un día a seis meses),

¹⁶ Según se trata ampliamente el en capítulo III

¹⁷ Los límites del valor de la defraudación que figura en el texto fueron fijados por la Ley 20/1978 de 8 de mayo (BOE núm. 110 de 9 de mayo).

la multa ha ido aumentándose progresivamente de valor: pasando de 10.000 a 100.000 ptas. a la cantidad de 20.000 a 200.000 ptas., según Ley 20/1978 de 8 de mayo (BOE núm. 110 de 9 de mayo).

En la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, la cuantía pasó a ser de 30.000 a 300.000 ptas..

Y finalmente con la actualización del Código Penal de Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, la cuantía de la multa se fijó entre 100.000 y 1.000.000 de ptas.. Todas ellas con independencia del importe del cheque impago, lo cual creo que no es muy justo.

En esta última reforma de 1989, se suprimió la remisión al art. 529,1 del último párrafo [20], quedando redactado como sigue: "Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave" [21].

Si se observa bajo un cierto prisma histórico, los diferentes tipos de penas habidos en España sobre el cheque en descubierto, podemos llegar a la conclusión, de que el mayor incremento de las penas ha estado en relación con aquellas épocas donde se pretendía proteger los valores morales de un Estado totalitario.

Así el Código penal de 1928, donde se penalizaba al cheque en descubierto como una modalidad de estafa con la pena de prisión mayor, coincidió con la Dictadura del capitán general MIGUEL PRIMO DE RIVERA Y ORBANEJA (1923 a 1930).

En cambio en el Código de 1932 se despenalizó la tipicidad del cheque en descubierto, lo cual no quiere decir que si con él se cometía una estafa ésta fuese impune, sino todo lo contrario, la estafa siempre ha estado penalizada. Dicho Código coincidió con la Segunda República (1931 al 1936).

Después de la trágica Guerra Civil Española, aparece la Ley

²⁰ Si bien cabe aclarar, que desde la Ley Org. 6/1983 de 25 junio donde se reformó el contenido del art. 529-1, al suprimirse entre otras el tipo de estafa "aparentando saldo en cuenta corriente", la remisión del párrafo último del art. 563 bis-b aun seguía manteniendo la mención al art. 529-1, lo cual era solventado por la jurisprudencia entendiendo que la mención correcta debía de entenderse al art. 528 del Cód. Penal.

²¹ Dicho párrafo ya ha sido visto con amplitud en el capítulo V, epígrafe IV Concurso de delitos aplicado al cheque en descubierto.

Fiscal de 1939, donde la emisión de un cheque en descubierto en pago de tributos se penaliza nada menos que con la pena de presidio mayor, con la agravante de discriminar a los particulares, pues tal hechos entre civiles en pago de sus deudas no era delito, sino era propiamente una estafa [22], según el Código Penal de 1944.

Bien es cierto que la jurisprudencia intentó rectificar el desafortunado art. 2 de la Ley de 16 de marzo de 1.939, con su famosa sentencia del 31-10-52 [23].

Posteriormente con el Código Penal de 1963, las penas de la emisión de cheques en descubierto bajaron al arresto mayor o multa, si era delito doloso; y arresto mayor o multa en grado máximo, si era estafa (sin contar que si el delito era solamente culposos se penalizaba con multa). Todo lo cual coincidió con la expansión Europea (creación de la CECA. 1951; CEEA.; CEE. en 1957), y el declive de la Dictadura del general FRANCISCO FRANCO BAHAMONTE, ya que en 1969 fue designado como su sucesor en la Jefatura del Estado, al actual Rey de España desde 1975.

Y finalmente la Ley 44/1971, donde después de la época de tránsito del 1963, se penaliza abiertamente el cheque en descubierto como un delito desligado completamente de las defraudaciones; penalizándose igualmente con la pena privativa de libertad de arresto mayor o multa, la cual como hemos visto ha ido incrementándose progresivamente según el mayor nivel de la economía española.

En resumen, todos los Estados totalitarios pretenden mantener unos valores patrióticos, morales e incluso religiosos, empleando para ello la Ley penal como su instrumento jurídico, aunque sea a costa de los valores superiores del individuo como son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, olvidándose de que las personas en su mayor parte son

²² En este sentido Eugenio Cuello Calón (La protección penal del cheque; página 81) y Rodrigo Saures Montes (El Cheque en Descubierto; página 13).

²³ Según decía: "Tal norma de Ley (refiriéndose al art. 2 de la Ley 1939) es aplicable al que para hacer efectiva la renta mensual del cuarto de que es inquilino, entrega un talón contra la cuenta corriente que tiene abierta en un Banco, sabiendo perfectamente que no tiene en dicha cuenta el numerario preciso para que se abone el importe del cheque, y cuando es presentado al cobro no se paga al beneficiario del mismo en el Banco, con lo que defrauda al tenedor del cheque, por carecer el librador de cantidad suficiente en su cuenta, sin que en el precepto aplicado pueda entenderse limitado al pago de tributos...."

seres maduros, con el suficiente sentido de responsabilidad para mantenerse dentro de un orden social aceptable y consensuado, sin necesidad de recurrir en muchas ocasiones a la última ratio que es el Derecho Penal.

2) Estadística Criminológica del Cheque en Descubierto

Como ya dije [24], hablar de cifras siempre resulta arriesgado por la fiabilidad y la utilidad que las mismas representan, siendo aconsejable manejarlas en comparación con otras magnitudes para sacar mejores conclusiones.

De la Estadística criminológica de los delitos en España, no existen muchos trabajos realizados, quizá el más elaborado sea el que presenta el Fiscal General del Estado al Gobierno de S.M, en su Memoria anual presentada al inicio del año judicial, de la cual he extraído los datos necesarios para realizar la mía.

No obstante, algunos autores como el profesor A. SERRANO GOMEZ [25], han tenido la atención de dedicar su tiempo para elaborar algunas estadísticas en ilustración de sus teorías.

Para ilustrar mi tesis, he pensado realizar la estadística siguiente del delito de cheque en descubierto, en comparación con la estafa el general desde 1969, con el objeto de intentar sacar algunas conclusiones que al final expondré.

Si bien soy consciente de que con las estadísticas oficiales siempre hemos de tener ciertas reservas, tal como dijo la propia Fiscalía General en su Memoria del año 1977:

"La estadística de la actividad de los diversos Organos de la Administración de Justicia, no presupone una ecuación perfecta con la delincuencia real en el sentido de que ella sea realmente mostrativa del número exacto de hechos punibles ocurridos durante el año en el territorio nacional. Es más bien una verdad formal, exacta en cuanto representa un índice determinado con relación a años anteriores; por ello venimos afirmando que es sólo significativa de la delincuencia aparente.

"Desde el punto de vista penal, es imposible proporcionar el número cierto de delitos consumados; tampoco es imaginable pensar que a través de ella se precise con seguridad el número de partícipes. Las causas de esta inexactitud son múltiples. De un lado, buen número de los hechos delictivos no llega a la vía

²⁴ En Introducción I,2) Método para estudios de Criminología

²⁵ En "El Costo del Delito y sus Víctimas en España" UNED 86

judicial, ya sea por desconocer la infracción o, porque siendo conocidas las personas legitimadas para perseguirlos en exclusiva, no ejercitan las acciones penales oportunas.

"Tampoco debe olvidarse el hecho de que la estadística judicial va referida al número de procedimientos incoados, pero no al número de delitos realmente cometidos; como muchas veces son objeto de un solo procedimiento múltiples delitos y la estadística se construye sobre procedimientos, es manifiesto que una delincuencia absolutamente real nose extrae de ella".

Como puede deducirse de las propias palabras de la Fiscalía, el panorama no es mis alentador, pero no por ello voy a dejar de intentarlo.

Cabe aclarar, que para la estadística que a continuación relaciono, no se han tenido en cuenta las Diligencias preparatorias de cada año por el escaso número de ellas, en consecuencia tienen poco valor representativo para el resultado final.

Tampoco se ha empezado la misma desde el año 1963 como era mi deseo, porque los datos habidos antes del 1969 son confusos, ya que la Fiscalía General del Estado no separaba lo que eran estafas de los delitos de cheque en descubierto, así por ejemplo, en el año 1965 se relacionan 7.258 estafas, sin detallar nada del cheque en descubierto.

En igual sentido los años 1966 (7.592 estafas) y 1967 (6.890 estafas).

También indicar, que apartir del año 1988 dicha estadística se complica, con la aparición del nuevo procedimiento Abreviado introducido por la Ley orgánica 7/88 de 28 de diciembre, al no existir en la Memoria de tal año todos los datos.

En donde se indica el signo (*) se produjo aumento del importe de la multa.

Finalmente agradecer aquí, la amabilidad y paciencia que han tenido conmigo los encargados del servicio Bibliotecario de la Universidad de Barcelona, la Complutence de Madrid, así como la del Colegio de Abogados de Barcelona, que en la medida de sus posibilidades me han ayudado.

AÑOS RESUMEN GENERAL DE LA CRIMINALIDAD APARENTE EN ESPAÑA

	ESTAFAS CH DESC (sumario ordin)	ESTAFAS CH DESC (sumario urgen)	PREVIAS CH	TOTAL CH
1969	684 194	1717 3087	2763 =	6.044
1970	685 320	1620 3805	2861 =	6.886
1971---	704 93	1822 3340	3175 =	6.608
1972	677 53	1635 805	2243 =	3.101
1973 *	665 25	1483 535	4199 =	4.759
1974	762 31	1196 448	5580 =	6.059
1975	685 52	1278 499	5788 =	6.339
1976	678 36	1464 483	6122 =	6.641
1977	673 31	1380 572	8158 =	8.761
1978 *	411 22	1328 448	10918 =	11.388
1979	414 17	1166 422	12895 =	13.334
1980	473 23	1342 651	14146 =	14.820
	(L.O. 10/80)			
1981	1153 2862	1440 505	13095 =	16.462
1982	1513 6564	1397 641	17358 =	24.563
1983 *	5715 9227	1634 479	19187 =	28.893
1984	2998 9981	1202 174	16569 =	26.724
1985	3017 9890	1280 97	15113 =	25.100
1986	2975 9304	1174 111	14211 =	23.626
1987	2944 8332	1231 239	12717 =	21.288
1988	64 267	18 5	14665 =	faltaD
1989 *	394 838	73 8	18306	
	(sumario ordin) 82 28	(abreviado 7/88) 3908 5112		= 24.292

De esta estadística cada uno pueda sacar sus propias conclusiones, incluso de que no sirve para nada [26].

Particularmente observo, que los diferentes aumentos de la multa en realidad no han sido muy eficaces, ya que es ilógico que un delito de cheque en descubierto de un importe del documento de 10.000.000 de ptas. por ejemplo, que en el fondo siempre llevará un atentado contra el patrimonio, tenga una multa máxima de 1.000.000 de ptas. (esto desde la última reforma del 89).

Por otro lado, quizá si se observa una ligera disminución de este tipo de delincuencia en los dos años siguientes a la Ley 44/1971, debido seguramente a la novedad de la nueva tipicidad del art. 563 bis-b, pero también se puede comprobar que posteriormente la delincuencia del cheque en descubierto ha ido paulatinamente el aumento, sin tener en cuenta la gran cifra negra que de este tipo de delito existe.

Como dice el profesor SERRANO GOMEZ: "Este delito tiene una cifra negra muy elevada, especialmente en los supuestos de cantidades pequeñas, pues a la víctima no le compensa seguir un procedimiento penal -o civil, si busca la vía ejecutiva- que le resultará más costoso que los beneficios que obtendrá, sobre todo si lo hace mediante querrela, pues la denuncia es más lenta y tiene menos posibilidades de éxito. Es posible que por cada cheque en descubierto que se persigue en vía penal no lo sean por lo menos cuarenta o cincuenta. Mientras esta figura penal no deje de ser una excusa absolutoria -pues cuando se paga dentro de los cinco días siguientes al de su presentación al cobro el sujeto queda exento de responsabilidad criminal- y se castigue como estafa, la cifra negra cada vez será más alta [27].

También se puede observar el coste procesal que tal tipo de incriminación representa, pues a partir del año 1981 con el procedimiento de la L.O. 10/80, los procesos instados por cheque en descubierto superan en muchísimo los instados por estafa, teniendo en cuenta que las formas de estafas son muy variadas, además de la cláusula de remisión a ellas del parrafo último del art. 563 bis-b.

Por otro lado, es de observar la gran cantidad de

²⁶ A lo cual tendría que rebatirle que por lo menos demuestra mi interés hacia el tema, pues su tiempo lleva hacerla

²⁷ Alfonso Serrano Gómez, idem, página 180: "Los perjuicios por cheques en descubierto denunciados ante la Policía en el año 1985, ascendió a 774 millones de ptas., de los cuales se recuperaron 89; en la Guardia 209, y recuperados 50"

diligencias previas que existen y no finalizan en procedimiento, lo cual demuestra que no siempre se solicita justicia con base suficiente, o que el delito se hace muy difícil de probar [28].

Finalmente una observación, y es que si con el art. 563 bis-b lo que se pretende es proteger la seguridad del tráfico mercantil, la verdad es que con ello no se consigue tal objetivo, ya que según datos del Instituto Nacional de Estadística del año 1988 [29], en España se protestaron 1.380.000 letras, cuyo importe total sumaron 286.464 millones de ptas.; en cambio de cheques bancarios los impagados fueron 50.772, cuyo valor representaba 17.660 millones, con lo cual se demuestra que la seguridad del tráfico mercantil se nos va por la tangente.

Además de que hay que tener muy en cuenta otro dato, y es que ultimamente la circulación de los pagarés en formato de cheques bancarios empieza a ser muy habitual entre los documentos del tráfico mercantil, cuyo impago no está tipificado penalmente, al igual que las letras de cambio, lo que hace que dichos documentos sean más idóneos que el cheque, y en consecuencia relegando al cheque, pues para pagar lo que se dice pagar, ya están los billetes del Banco de España [30].

II) AUSENCIA DE REGULACION COMO FALTA

Para SAINZ CANTERO [31], la definición jurídica del delito trata de un concepto de "infracción punible", no siendo posible en consecuencia el establecer a priori una distinción cualitativa del mismo con la falta, sino que la diferenciación vendrá a posteriori, por una cuestión meramente cuantitativa en la pena.

Ciertamente, es en el art. 6 del C.P. donde se hace la efectiva distinción entre delitos y faltas, al decir: "Son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves. Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves".

²⁸ Lo cual confirma mi teoría de que al menos se tendría que despenalizar la forma culposa de este delito, tal como lo he expuesto en el capítulo IV.

²⁹ Fuente La Vanguardia 17-11-89 (El cobrador del frac)

³⁰ Según se explicó ampliamente en el capítulo I

³¹ Sainz Cantero, idem, página 224

Siendo el art. 27 del mismo cód. penal, quién nos da una clasificación de las penas (leves= arresto menor; graves= todas las demás).

También existen en nuestro C.P., otros artículos que nos ayudan a diferenciar los unos de las otras.

Por ejemplo, tenemos el art. 28 referentes a las multas, por el cual las leves no podrán sobrepasar la cantidad de 100.000,- ptas., siendo esta cantidad o inferior la reservada para las faltas (Libro III CP.).

Otras distinciones las podemos observar en el art. 5 C.P.: "Las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas o la propiedad".

Así como en la aplicación de las penas en las faltas del art. 601: "...sin ajustarse a los artículos 49 a 66 y con estricta observancia del artículo 68".

La doctrina entiende que algunas agravantes como la reiteración y la reincidencia, tampoco son aplicables a las faltas. Para el profesor SERRANO la tentativa es impune en ellas.

Como tampoco lo es el "concurso ideal" del artículo 71, que sólo es aplicable a los delitos. También los plazos de prescripción son diferentes en los delitos y las faltas (artículo 113 C.P.)

Por otra parte, las faltas reguladas en el Libro III del código penal, son a mi entender "las gran olvidadas", tanto por la doctrina como por el legislador, quizá sea debido precisamente a la escasa cuantía de sus penas o su deficiente reflejo de la realidad.

Sirva la nueva regulación que de las mismas se hace en la L.O. 3/1989 de 21 de junio, de actualización del C.P., para darles un más vigoroso cometido en función de los tiempos modernos y el principio de "intervención mínima".

Aprovecho esta ocasión para hacer un breve resumen del contenido de dicho Libro, para que al menos no caiga en el olvido:

Título I De las faltas contra el orden público.

Como se observará se han suprimido "las faltas de imprenta", el legislador se basa y razona este cambio, en que de ser relevantes, pueden ser subsumidas en tipos de delitos desde hace tiempo existentes, pero que si carecen de esa relevancia no

merecen reacción punitiva alguna. Quedando en vigor cinco artículos (del 568 aal 572).

Título II De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones.

Compuesto hasta la reforma comentada, en veintiocho infracciones, quedando reducido en la actualidad sólo a seis faltas (arts. 573, 576, 577, 579, y 580). Como se observa las infracciones que se despenalizan son de muy diversa naturaleza, en base a la misma filosofía: "intervención mínima".

Título III De las faltas contra las personas.

Según el legislador, "las modificaciones que se introducen en este título no pueden valorarse simplemente como reducciones o despenalizaciones -aun cuando desaparecen casi la mitad de las infracciones actuales- pues su alcance es mucho mayor, hasta el punto que ha obligado a que la presente Ley deba abordar la modificación de determinados preceptos del Libro II con las cuales estas faltas tienen que guardar concordancia". Lo que ocurre con las lesiones, capítulo IV, del Título VIII, del Libro II nuevos arts. 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425 y 427.

Se ha producido en la actualidad, un aumento de las faltas dedicadas a la protección de menores y de enajenados. Otro orden de conductas que cabe destacar, es que se mantienen las faltas de amenazas y coacciones o vejaciones injustas.

Otra importantísima particularidad la ofrece a mi entender, la modificación del actual artículo 586,3 que desaparece como tal, siendo sustituido por el art. 586 bis. Lo que se pretende con ese nuevo artículo, es utilizar la llamada "infracción de reglamento" como criterio diferenciador entre de las faltas de simple imprudencia o negligencia (no como ahora entre el delito y la falta).

Dicho título queda reducido en consecuencia, a cinco arts. 582, 584, 585, 586 y 586 bis.

Título IV De las faltas contra la propiedad.

El legislador también fundamenta esta reducción, en base al principio de la mínima intervención, según se dice en el preámbulo: "Grande es también la reducción que se produce en este título, dedicado a las faltas contra la propiedad, que pasan a ser nueve en lugar de las veinticuatro que hasta ahora existían."

De los que subsisten destacan la nueva falta de hurto de uso y las de daños, que habrán de concordar con sus correspondientes delitos.

Dicho título comprende el art. 587, 589, 590, 594, 595, 596, 597, y 600.

Título V Sobre disposiciones comunes, no cambia.

Como se recordará, el art. 1,1 del C. Penal abarca tanto la definición del delito como de la falta, lo cual pudiera hacer suponer que un delito de la naturaleza como la del cheque en descubierto, del cual tanta argumentación se a esgrimido para mantenerlo dentro del catálogo de los delitos, que también fuera lógico que estuviese regulado en forma de falta, cosa que no es así según veremos a continuación.

1) Su Problemática

Es de resaltar de que el cheque en descubierto no está tipificado como falta en el Código penal, con lo cual y según se advirtió en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1973, se puede producir la **paradójica situación** de ser penalizada más severamente la conducta de emitir un cheque en descubierto, sin ánimo de defraudar y cuyo importe del documento sea inferior a 30.000 ptas.; que la emisión de un cheque con ánimo de estafar, cuyo importe tampoco exceda de la cantidad antes mencionada.

En dicho supuesto, en el primer caso se penalizaría como delito del art. 563 bis-b con la pena de arresto mayor o multa de 100.000,- a 1.000.000,- ptas.; en el segundo caso, como falta de estafa del art. 587-2 que se penaliza con arresto menor.

Como indica BAJO FERNANDEZ [32]: "En este último caso estaríamos en presencia de una falta del art. 587, conforme a lo dispuesto en el art. 528. Mantener aquí que el art. 563 bis-b es norma subsidiaria y el art. 587 norma principal conduciría al absurdo de calificar como falta la conducta más grave (emisión de cheque sin cobertura con finalidad defraudatoria) y como delito la menos grave (emisión de cheque sin finalidad defraudatoria)".

La solución al problema por parte de RODRIGUEZ DEVESA fue, negar "el concurso de normas con el art. 587, ya que el art. 563 bis-b se confiesa norma subsidiaria respecto del art. 529, pero no respecto a aquél"

Para BAJO FERNANDEZ [33], si bien considera la validez

³² Miguel Bajo Fernandez: "Manual de Derecho Penal" (Parte Especial); editorial Ceura; página 386

³³ Miguel Bajo Fernandez: "Manual de Derecho Penal, parte especial", página 386, editorial Ceura.

técnica del planteamiento de DEVESA, no lo encuentra justo encunto a la responsabilidad civil, ya que en el delito de cheque en descubierto no se abarca el importe del documento.

Después de la última reforma del art. 563 bis-b en la L.O. 3/89 del 21 junio, tal relación "expresa" de subsidiariedad con el art. 529 desaparece, aunque puede considerarse de una forma "tácita", en virtud del párrafo final del mismo que dice: "Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave".

Para RODRIGUEZ MOURULLO [34], este efecto insatisfactorio podría evitarse aplicando el artículo 68 en los supuestos de que el cheque en descubierto sea con finalidad defraudatoria, siendo el perjuicio económico inferior a 30.000 ptas. [35]

Dicha solución vino también avalada por la sentencia del T.S. de 11-02-77, que decía en uno de sus considerando: "Cuando existiera concurso de normas entre el delito del artículo 563 bis-b y otro de estafa, lo que acaecerá cuando la emisión del cheque tenga finalidad defraudatoria, en cuyo caso el propio precepto indicado recurre en su último párrafo a la cláusula de subsidiariedad expresa con prevalencia del artículo 529, número primero, lo que a su vez, supone una remisión al artículo 528, de modo que el artículo 563 bis-b recobrará su fuerza incriminadora si por la cuantía del cheque o talón hubiera de considerarse al hecho falta de estafa; doctrina que mutatis mutandi es de aplicar

³⁴ En igual sentido se pronunció la Fiscalía del Estado en su consulta núm. 1/1977 "Efectivamente, el párrafo final del art. 563 bis-b del Código penal dice: 'lo ordenado en este artículo deberá de entenderse salvo el caso previsto en el art. 529,1 de este Código'. Haciendo referencia exclusivamente al concurso del delito de cheque en descubierto con el delito de estafa, pero sin incluir ni comprender el caso contemplado de concurso con la falta de estafa.

En este caso la concurrencia de la emisión de cheque sin provisión, penada en el art. 563 bis-b 1, y constituyendo medio o instrumento para cometer la falta de estafa del 587,3, al no existir regla especial que lo resuelva habrán de aplicarse las fórmulas generales de concurrencia de infracción, y no siendo tampoco aplicable el art. 71 del C.P., como tiene declarado la sentencia de 20-6-70, se impone lo dispuesto en el art. 68 del Cód. penal, debiendo de clasificarse como más grave el delito de emisión de cheque en descubierto.."

³⁵ "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos"

al caso de que el cheque en descubierto posibilite la consumación de un delito de apropiación indebida.." [36]

Como puede observarse, la problemática surge en una doble vertiente, por una parte, la emisión de un cheque en descubierto que no sea estafa se penalizará en arreglo al art. 563 bis-b con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 ptas., sea cual sea el importe del documento, lo cual esta en descriminación con el tratamiento penal que tienen las estafas.

Por otra parte, si un cheque en descubierto es inferior a 30.000 ptas. y es un medio para cometer una estafa, habrá un concurso de delitos, con lo cual se crea la paradójica situación de ser más penalizado el delito accesorio (cheque en descubierto) que el principal (la estafa), ya que las estafas inferiores a dicho importe se tipifican como faltas, y el de los cheques no.

Todo ello aboga en favor de una reforma en el sentido de que al menos se equiparen los dos tipos de delitos en referencia con las faltas, pues en caso contrario parece ser que penalmente se le de más importancia al delito del cheque en descubierto que al de las estafas, cuando en la realidad social es todo lo contrario

III) CAUSAS DE EXCLUSION DE LA PUNIBILIDAD

La punibilidad en definitiva supone por una parte la posibilidad de imponer una pena al autor de un hecho antijuridico y culpable (efecto retributivo); y por otro supone también un aviso, con lo cual se produce una amenaza para proteger un bien juridico que se tipifica penalmente (efecto preventivo). [37]

No obstante, existen supuestos que por cuestiones de Derecho penal, como las "condiciones objetivas de punibilidad" [38]; o de

³⁶ En igual sentido la sentencia 15-3-85

³⁷ Como se vió con más detalle en el capítulo II

³⁸ Las define Antón Dneca, *idem*, pág. 261: "Ciertos hechos ejenos a la acción sea punible o para que se aplique determinada agravación a la pena". Según Sainz Cantero, *idem*, pág. 129 de las mismas se extraen dos supuestos: a) Posibilidad de penar una conducta, que de no concurrir la condición, no hubiera podido ser castigada (art. 408). b) Determinan una agravación de la pena en conductas que son por si mismas punibles, sin necesidad de que concurra la condición (art. 137,2)".

naturaleza Procesal, como las "condiciones de perseguibilidad" [39] esto no se produce.

También existen otros supuestos, que por circunstancias personales, es decir, excepciones "ratio functionis" al principio de igualdad ante la ley (inmunidades); o incluso por razones de utilidad o política criminal (excusas absolutorias), la consecuencia lógica del delito que es la pena no se produce, porque existe un "obstáculo penal" que lo impide.

Veamos pues con cierto detalle estas dos últimas, que son las que afectan realmente al artículo 563 bis-b.

1) Inmunidades.

Son aquellas excepciones al principio de igualdad que se proclama en el art. 14 de nuestra Constitución, no en base a la persona, sino en base a la "función" que desempeñan las mismas en una sociedad. Estas pueden ser:

-**Del Jefe del Estado**, art. 56,3 Constitución: "La persona del Rey es inviolable y no esta sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el art 64".

Según la normativa vigente, el Rey no tiene responsabilidad criminal, aun actuando dentro de su área de competencia y fuera de ella. Por lo que es lógico que no pueda cometer el delito del cheque en descubierto.

-**De los diplomáticos**, en el art. 334 L.O.P.J. se refiere además de los Jefes de Estado extranjeros y los príncipes de las familias reinantes; a los embajadores, ministros plenipotenciarios y ministros residentes, en cargos de negocios y extranjeros de planta.

39 ANTON ONECA, las definió como: "Supuestos del proceso, condiciones que determinan la posibilidad del procedimiento y solo indirectamente influyen en la penalidad en cuando ésta no se puede imponer sino mediante el proceso".

Por su parte el profesor SAINZ CANTERO [], nos indica que las mismas "indican directamente sobre el proceso y sólo indirectamente sobre la penalidad del hecho". Haciendo a la vez una recopilación de las misma: a) La exigencia de denuncia para los delitos de los arts. 443; 467 y otros; La querrela para la persecución de los delitos del art. 467,3; La previa declaración de quiebra, conforme a los art. 520 y 521; etc.

El Convenio de Viena declara que: "La persona del agente diplomático es inviolable". En definitiva se trata de remisiones legales internacionales de sujetos especiales por su cargo.

-De los parlamentarios, el art. 71,1 de la Constitución: "Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones". Por su parte el apartado segundo dice: "Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán así mismo de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito".

Lo que en nuestra opinión respecta, tal digna condición no les priva de poder ser sujetos activos del delito de cheque en descubierto, tanto a unos como a otros.

2) La Excusas Absolutorias del art. 563 bis-b

Antes de entrar de lleno en la que afecta al cheque en descubierto, conviene recordar que fue SAINZ CANTERO [⁴⁰] quién efectuó una recopilación de las excusas absolutorias contenidas en el Código Penal [⁴¹], y son:

-Art. 226 C.P., rebeldes y sediciosos por razón de su desistimiento.

-Art. 497 C.P., descubrimiento y revelación de secretos por razón del domicilio.

-Art. 564 C.P., robos sin violencia e intimidación por razón del parentesco.

-Art. 563 bis-b C.P., el librador de un cheque en descubierto por razón de su reposición [⁴²].

Según el penúltimo párrafo de dicho art. dice:

"No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal, el librador del cheque o talón que hiciere efectivo su importe en el plazo de cinco días

⁴⁰ José A. Sainz Cantero, idem, pág. 135 (libro III)

⁴¹ M. Bajo Fernández, considera que también los es el art. 18 C. Penal; idem, pág. 387

⁴² La sentencia del 6-12-76 señala, que la excusa absolutoria del art. 563 bis-b, afecta a la punibilidad del hecho, pero no a su tipicidad.

contados a partir de la fecha de su presentación al cobro". [43]

Las excusas absolutorias son aquellas conductas en virtud de las cuales, a pesar de haber una acción típica, antijurídica y culpable, el legislador por cuestiones de política criminal excluye la responsabilidad penal del sujeto activo de la misma, es decir, suprime su pena [44]

En consecuencia, la excusa absolutoria del art. 563 bis-b, no hace desaparecer ni la imputabilidad, ni la antijuricidad, ni la culpabilidad del delito, sino que se limita a suprimir la punibilidad del mismo, con lo cual el delito no llega "cuajar".

En cuanto a su diferenciación con las condiciones objetivas de punibilidad, hay que tener en cuenta, que éstas según la doctrina son el resultado de la actuación de una persona diferente al autor del delito, es decir, no dependen en ningún caso de la voluntad de éste [45]; mientras que en las excusas absolutorias, sus efectos si se hacen depender de la misma voluntad del sujeto activo como hemos visto, o sea, se le deja al autor la oportunidad de enmendar su delito, según sentencias T.S. 19-12-75; 21-11-80; 5-4-83; etc.

Doctrinalmente se ha entablado una viva discusión sobre la oportunidad o no de dicha excusa absolutoria del art. 563 bis-b, las cuales se pueden clasificar en grandes dos grupos [46]

El primero formado entre otros por RODRIGUEZ MORRULLO, QUINTERO OLIVARES, SUAREZ MONTES, BAJO FERNANDEZ, etc., quienes consideran (aunque con matizaciones), que en el art. 563 bis-b, no se dan ninguna clase de circunstancias extraordinarias que justifiquen tal excepcional medida, y que lo mejor hubiera sido considerar tal hecho como una atenuación en la pena [47].

⁴³ Así lo reconoció la sentencia del T.S. 19-12-75

⁴⁴ Su definición jurisprudencial esta contenida en la sentencia 5-4-83.

⁴⁵ MEZGER las definió como: "Circunstancias exteriores especialmente previstas por la Ley, que conforme a su naturaleza propia, yacen fuera de la culpabilidad del agente.."

⁴⁶ Aunque VIVES ANTON opina: "que no se trata de una excusa absolutoria, sino de una causa de exclusión de la pena de naturaleza objetiva, que ha de operar de modo semejante a la causas de exclusión de la antijuricidad".

⁴⁷ Según el criterio general del art. 9,9 Cód. penal

El segundo grupo esta compuesto entre otros por MAJADA, DEVESA, MILLAN GARRIDO, RUIZ VADILLO etc., quienes en cambio consideran que su necesidad esta basada en razones de politica criminal, en atención al arrepentimiento efectivo del librador.

Esta última postura es la recogida por la jurisprudencia del T.S. en sus sentencia del 8-11-73, 6-12-76, etc..

Si bien casi todos, unos y otros, coinciden en que la redacción es confusa en dicho penúltimo párrafo (sino todo el artículo), en especial en cuanto al plazo, sujetos, y efectos de dicha excusa absolutoria.

Efectivamente, donde surge el problema en este caso, y donde se ve realmente la voluntad de favorecer o no al autor, asi como la eficacia o no de la misma, es en el plazo hábil para apreciarla.

Según el precepto legal antes transcrito, el computo del plazo son "de 5 días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro".

Según el criterio jurisprudencial de la sentencia 15-12-76, los días han de entenderse hábiles [46].

Si se tiene en cuenta taxativamente la letra de la Ley, y con el actual sistema de tratamiento informático [47] de truncamiento de cheques por un importe inferior a 2.000.000,- ptas., sin orden expresa de protesto [48], la excusa absolutoria del art 563 bis-b se convierte verdaderamente en "letra muerta", ya que el librador no tiene oportunidad de enterarse del impago, sino es a través del propio tenedor, quien al saber de su devolución, avisará de ello al librador, con lo cual es fácil de que ya hayan pasado los 5 días.

46 Según dice: "...una singular excusa absolutoria que permite al librador del cheque eximirse de la responsabilidad criminal ya contraída, haciendo efectivo su importe en el plazo total e improrrogable de cinco días que habrá de reputar hábiles contados a partir de la fecha de su presentación al cobro."

47 Recuérdese el contenido del art. 137 de la Ley Cambiaria: "Le presentación a una Cámara o sistema de compensación equivale a la presentación al pago".

48 Que por su parte la jurisprudencia no exige el protesto u otra diligencia notificadora al librador del impago. Según sentencia 23-5-80.

Lo cual coloca al librador en una postura de indefensión

Otra posible vía es el estarse a la arbitrariedad del librado (Banco o Caja), quien comunique o no su devolución al librador (lo habitual es que no), con lo cual se deja en manos de terceros la posibilidad de poderse apreciar una medida de tanta transcendencia en favor del reo (el librador), como es una excusa absolutoria.

Por tal motivo, algún sector de la doctrina DEVESA, VADILLO, MAJADA, así como también BAJO FERNANDEZ [51] opinan que hubiese sido mejor empezar a contar el plazo desde que el librador tiene conocimiento de que ha sido presentado el cheque al cobro (como lo hace el art. 302 de Cód. Penal Argentino).

Al respecto el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su contra en varias sentencias, como las del 24-6-74; 12-4 y 6-11-75: "el término de los 5 días, auténtico plazo de gracia, es preciso contarlos a partir de la fecha de presentación al cobro del correspondiente talón (cheque), el cual no puede ser prolongado arbitrariamente, so pena de supeditar el delito a una especie de transacción entre librador y tenedor del título, siendo el propio librador el que ha de tomar si la carga de hacer efectivo el importe, dentro de esos cinco días que se le conceden.." [52]. Al igual que la S.T.S. 11-7-85.

En parecido sentido también se pronunció en las sentencias 21-12-78 y 18-2-81: "el término relativo a la excusa no comienza desde la fecha de conocimiento de la falta de abono (por parte del librador), sino desde la fecha de su presentación al cobro".

Con lo cual se confirma, sea cual fuese la voluntad del legislador, que en la realidad dicha excusa absolutoria es ineficaz por su tratamiento restrictivo [53], y a mi entender inadecuado por no favorecer al destinatario de la misma.

En cuanto a los sujetos o beneficiarios de la misma, el párrafo del art. 563 bis-b nos habla taxativamente y solamente en (referencia a quien quedará exento de responsabilidad criminal) del "librador del cheque o 'talón' que hiciere efectivo su importe".

En este sentido se manifestaba QUINTERO OLIVARES [54]:

51 Miguel Bajo Fernandez, *idem*, pág. 387

52 José-Alfredo Caballero Egea, *idem*, pág. 861

53 Ver S.T.S. 12-4, 14-10, y 21-11-75; 23--376; 21-12-78

54 Quintero Olivares. "El Nuevo Delito de Cheque en Descubierto"; separata RGLJ año 72; página 747

"Ciertamente resulta incomprensible, que el legislador haya concebido la norma de examen en favor tan sólo de los autores de las infracciones de los apartados 1 y 2 (del art. 563 bis-b).

Problemas similar se plantea en caso de que lo realice un tercero ajeno a la dinámica del delito, e igualmente si en el delito hay participación plural -inductores, cómplices, encubridores-. En todos estos supuestos no puede en teoría operar la excusa absolutoria".

En su consecuencia, parece ser (según el texto legal) que el pago efectuado por un tercero o el tomador no les otorga el beneficio de la excusa absolutoria [35].

E igualmente en caso contrario, ya que como señala dicho autor [36]: "La exención de responsabilidad penal en favor del autor principal, no determina necesariamente la desaparición de la responsabilidad de cada uno de los partícipes en el delito".

De la misma opinión son MAJADA [37], MOURULLO [38], BAJO FERNANDEZ [39], VIVES ANTON [40] etc.

En cambio RODRIGUEZ DEVESA [41] opina lo contrario al respecto, pues afirma: "que dicho párrafo ha de interpretarse con la mayor latitud, extendiéndolo desde luego a los copartícipes del delito, para los que tiene gran fuerza, en defecto de prohibición legal expresa, el principio de accesoriedad. Habría

35 VIVES ANTON afirma: "Que el pago hecho por otra persona, si se realiza por cuenta del librador, producirá también la exclusión de responsabilidad". Idem, pág. 976

36 Idem página 748

37 Arturo Majada, idem, pag. 338. "Si el delito se comete por tres por ejemplo (cuenta conjunta), en el plazo de los cinco días, uno de ellos hace efectivo el importe total del cheque, quedará él solo exento de responsabilidad penal. Posiblemente en la práctica tal pago aparecerá como realizado por los tres conjuntamente"

38 Rodríguez Mourullo, idem, página 933

39 Miguel Bajo Fernandez, idem, pág. 387. "De ahí que los coautores o partícipes en quienes no concurra tal circunstancia (el pago) no quedan exentos de la pena".

40 T.S. Vives Antón: "Derecho Penal P.E.", página 976

41 Citado por MAJADA, idem, pág. 337

que otorgar también poder liberatorio de la pena a los pagos hechos por terceros, e incluso por el tomador que ha entregado a otro el cheque a sabiendas de su falta de cobertura. Ciertamente que entonces chocamos con la letra de la Ley, que exige que sea el librador. Habrá que acudir a una analogía *'in bonnam partem'* para comprender tales casos".

En un término intermedio se situa MILLAN GARRIDO [42] el cual opina: "Que si quién efectúa el pago es un inductor, cómplice, encubridor o un tercero no procede la misma (la excusa). En cambio en los supuesto de coautoría material, el pago llevado a cabo por cualquiera de los libradores, beneficiará a todos a efectos de la absolución".

El problema central de esta cuestión a mi entender está, en saber si realmente los beneficios de la excusa absolutoria abarcan o no al tomador, ya que en referencia a los demás responsables penales, habrá de estarse a las reglas generales del derecho penal, según lo apuntado más arriba [43].

Lo problemático del caso radica pues, en que el texto del párrafo penúltimo del art. 563 bis-b, no nombra para nada al tomador como posible beneficiario de tal excusa absolutoria.

En favor de la inclusión del mismo, parece que lo apoya el sentido común de las cosas, ya que según MAJADA [44] y VADILLO [45], de haber querido el legislador excluirlo hubiese puesto dicha excusa absolutoria entre los párrafos segundo y tercero; además de que en el propia párrafo se dice "No obstante lo dispuesto en los números anteriores". Indudablemente que se esta refiriéndose a las tres modalidades delictivas que existen.

En este sentido se inclina la sentencia del T.S. del 18-2-81, [46] al enervar la responsabilidad criminal del tomador, si paga dentro del plazo legal establecido (5 días).

42 Citado por BALDO, idem, pág. 611

43 Tratado con más amplitud en el capítulo V

44 Arturo Majada, idem, página 407

45 Ruiz Vadillo, idem, pág. 456

46 Autores tan relevantes como CAMARGO, VADILLO, MAJADA, Y DEVESA apoyan la tesis de ampliar el ámbito de aplicación de la excusa absolutoria al tomador.

En resumen podemos afirmar las palabras de BALDO [47]: "Si se profundiza en la cuestión, hay que concluir que el mismo (refiriéndose al tomador) queda comprendido dentro de la aplicación de tal exención de punibilidad, en virtud de sendos argumentos:

a) La negociación del cheque por el tomador equivale a un nuevo libramiento.

b) Por el contenido del encabezamiento y colocación del propio párrafo en cuestión". [48]

Referente a la cuestión de los efectos de dicha excusa absolutoria, cabría preguntarse dos cosas ¿Que consecuencias repercuten en cuanto a la responsabilidad civil? y ¿Cual es el ámbito de la misma?.

Referente a la primera pregunta, prefiero remitirme al epígrafe V donde trataré con más detalle esta cuestión, solamente anticipar aquí que la doctrina se encuentra dividida.

En cuanto a la segunda, y ateniéndonos a tenor del último párrafo del art. 563 bis-b [49], hemos de afirmar con QUINTERO OLIVARES [70], que el ámbito de aplicación de su excusa absolutoria es exclusivamente para el propio delito de cheque en descubierto, no siendo extensible a los otros más graves que se remite dicho párrafo.

Pero a nuestro entender, lo realmente contradictorio esta en el fundamento subjetivo que tiene la excusa absolutoria del art. 563 bis-b.

Según el Diario de Sesiones de las Comisiones Parlamentarias

47 Vicente Baldó del Castaño, idem, pag. 612

48 "Este razonamiento que formula CAMARGO, está en consonancia con la apreciación de MAJADA, de que si el legislador hubiese querido excluir de la exención al tomador, 'el parrafo definitorio de la exención se hubiera intercalado entre los núms. 2 y 3 de dicho artículo'".

49 Que dice: "Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave".

70 Quintero Olivares, idem, separata 1972, página 759: "La respuesta ha de ser terminantemente negativa. En primer lugar porque la remisión.. supone un cambio en el título de imputación. En segundo lugar, porque lo impide la misma letra del precepto.."

[71], la creación de dicha excusa absolutoria, fue debida para salvar los rigores de las características de las figuras formales o de simple actividad que se crearon con el art. 563 bis-b.

Sin embargo con ello se produjo, según el entender de la doctrina mayoría [72], un efecto contradictorio en relación con la naturaleza del bien jurídico protegido.

Efectivamente, si como hemos visto en el capítulo II el bien jurídico que se pretende proteger es la seguridad del tráfico mercantil, o sea, que el cheque tenga fiabilidad como la propia moneda para hacerlo eficaz como instrumento de pago, parece ilógico que una vez que se haya producido el impago, y en consecuencia el delito, se le dé al librador o tomador una segunda oportunidad para pagar.

Lo cual demuestra a nuestro entender [73], que en la intención del legislador no estaba el proteger la seguridad del tráfico mercantil, que siempre deberá de ser algo inicial, sino que en el fondo de la cuestión se está protegiendo el cobro del documento, es decir, el resarcimiento patrimonial que el mismo representa, lo cual contradice el fundamento del bien jurídico.

Con palabras de QUINTERO se puede resumir la cuestión: "Mas si el pago libera de castigo, es dable pensar que el legislador considera que con ello quedan satisfechos los intereses dignos de protección penal, de lo que se infiere que el único bien jurídico que se desea proteger es el valor económico que el cheque o talón representa" [74].

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre el fundamento de la excusa absolutoria del art. 563 bis-s, si bien dentro de la misma existe diversidad de criterios, observándose una cierta evolución en favor de las tesis doctrinales.

Así en la sentencia 8-11-73 se reconoce que sólo por razones de seguridad en el tráfico cambiario y de política criminal se estableció dicha excusa absolutoria.

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Españolas. Diario de Sesiones del Pleno de 12 de noviembre de 1971, núm 9, pág. 17

⁷² Majada; Ruiz Vadillo; Rodríguez Devesa; Quintero Olivares; Rodríguez Mourullo; Queralt; Muñoz Conde; Bajo Fdez.

⁷³ En este sentido MAJADA, idem pág. 336; QUERALT, idem pág. 321; MUÑOZ CONDE, idem pág. 299; QUINTERO OLIVARES, idem pág. 744

⁷⁴ Gonzalo Quintero Olivares, idem (separata 72) pág. 744

Por otro lado, en la sentencia 19-12-75 se estima que lo verdaderamente importante es la satisfacción de los valores económicos que tales títulos valores representan, arguyendo razones también de política criminal.

En cambio en la sentencia del 23-5-80, se habla de conseguir el pago y de premiar el arrepentimiento, según se desprende de la propia sentencia al decir: "...cuyo fundamento puede estar, en la conveniencia -avalada por razones de política criminal- de conseguir a toda costa el pago, y de premiar el arrepentimiento activo del librador..".

En mi opinión ésto último es algo superfluo, ya que por la regla general de la atenuante del art. 9,9, el arrepentimiento espontáneo antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, tendrá que tenerse en cuenta en la graduación de la pena como en cualquier delito.

Por otra parte, en este delito se demuestra una vez más la descoordinación existente entre la Ley penal y la Ley la mercantil, pues si el plazo legal para el pago son 15 días en España [75] en la ley Mercantil, como en la excusa absolutoria se tienen solamente 5 días de plazo para ejercitarla.

Imaginemos el absurdo de ser delito un cheque en descubierto que se ha pagado no a los cinco días de su devolución, sino a los diez por ejemplo, periodo aun hábil de pago según el art. 135,1 de la Ley Cambiaria.

Por todo lo señalado más arriba podemos concluir, que sobre este tema existe un cierto desconcierto, pudiéndose provocar inseguridad y desigualdad de trato de las partes afectadas, lo cual no casa muy bien con los principios constitucionales de la "seguridad jurídica" e "igualdad", proclamados en los artículos 9,3 y 14 de la Constitución.

Una posible solución para ganar eficacia en dicha excusa absolutoria sería, que antes de poderse ejercitar la acción penal, el estar el tenedor obligado a requerir notarialmente o por cualquier otro medio [76] al librador para que le hiciese pago del cheque en descubierto. Lo cual podría llevar el riesgo de convertir este delito en un delito sólo perseguible a instancia de parte, lo que de hecho igualmente ocurre ahora.

Por todos los motivos anteriormente mencionados, y los expuestos al hablar de la exigibilidad y la necesaria supresión

⁷⁵ Según art. 135,1 Ley Cambiaria y del Cheque 1985

⁷⁶ Como un simple telegrama, o carta con acuse de recibo.

de la forma culposa del delito del cheque en decubierto [77], lo más coherente sería suprimir esta excusa absolutoria.

Ya que con ello se afirmaría la utilidad del bien jurídico que tan a ultranza se pretende proteger; se eliminaría la discriminación de trato que existe entre los diversos sujetos activos posibles afectados en el delito; se eliminarían las críticas de la doctrina en cuanto a la eficacia de dicha excusa absolutoria; y en definitiva se eliminaría dentro del Código penal, un precedente de excusa absolutoria, que en base a nada serio se justificó su inclusión en el art. 563 bis-b.

O por lo menos, si no llegará a suprimirse, tendría que darse un plazo mayor, 15 días como mínimo, a partir del final del plazo legal de pago; y abarcar sus beneficios a todos los intervinientes en el delito, incluso cuando el pago fuera hecho por un tercero.

IV DETERMINACION DE LA PENA DEL ART. 563 BIS-B

La cabecera del art. 563 bis-b empieza diciendo: "Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas", quien...(señalandose a continuación tres tipos delectivos). Ello será así, siempre que no se aplique la excusa absolutoria antes mencionada.

Como es conocido nuestro Código penal, al igual que otros de nuestro ámbito cultural, esta inspirado en un principio mixto [78] para determinar las penas de cada delito.

Es decir, la primera precisión que hay que hacer, es que los marcos penales para la determinación de la pena son en principio para los delitos consumados y cometidos por el autor o autores de los mismos (art. 49), o sea, que en el caso del art. 563 bis-b para el librador y tomador, según el texto de los tres párrafos de dicho artículo.

Pero hay que precisar la cuestión algo más, en segundo lugar

⁷⁷ En capítulo IV

⁷⁸ No es legalista, donde se confía por completo a la ley la fijación de la pena de cada delito. No es de libre arbitrio judicial, pues no se cede totalmente al juez dicha misión. Es mixto, es decir, la ley fija un marco legal, con unos límites de máximo y mínimo, dentro de los cuales corresponde al juez la determinación de la pena concreta. (MIR PUIG; idem; pág. 812/13)

será necesario saber, si los tipos delictivos fueron cometidos en forma de dolo o culpa.

En el primer caso nos atenderemos al marco penal del propio artículo tipificado; en el segundo caso a la reglas generales del art. 565 que dice:

"El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor [79].... Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la (pena) inmediata inferior a esta última en el grado que estimen conveniente [80]. En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 61". [81]

Según el art. 78 C.P., dentro de cada tipo de pena existen tres grados: mínimo, medio y máximo, que en el caso del arresto mayor del art. 563 bis-b (cuyo tiempo de toda la pena es de un mes y un día a seis meses), serán de un mes y un día a dos meses (en el grado mínimo); de dos meses y un día a cuatro meses (en el medio); y de cuatro meses y un día a seis meses (en el máximo).

Por ello pienso que sería ilógico aplicar en el art. 563 bis-b como su pena inferior: el extrañamiento (de doce a veinte años); el confinamiento (de seis a doce años); el destierro (de seis meses a seis años); represión pública; etc.

Luego nos queda la multa, ya que según el art. 74 C.P.: "La multa en la cuantía de 100.000 a 1.000.000 ptas. se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores".

Pero la problemática surge al no ser divisible la pena de multa en tres grados como el arresto mayor, con lo que en muchas ocasiones, según el art. 76 C.P., para aplicarla correctamente será necesario bajar de la cuantía mínima de las 100.000 ptas.

Otra cuestión es, que la multa sea pena accesoria de la

79 Pena superior a la forma dolosa del art. 563 bis-b

80 Refiriéndose al arresto mayor del art. 563 bis-b (forma dolosa), en este caso será lógicamente el arresto menor.

81 Recuérdese que el art. 61 dice: "En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes...."

principal privativa de libertad, en cuyo caso si puede ser inferior a dicho importe. [82]

Por lo cual, según el art. 28 C.P. y la jurisprudencia [83], no puede imponerse la multa inferior a 100.000 ptas. como pena única y principal para los delitos (sean dolosos o culposos) [84]

En consecuencia, la pena inferior al arresto mayor debería de ser en mi opinión, el arresto menor [85], el cual según el art. 27 es una pena leve, cuyo contenido es aplicable sólo a las faltas. Según el art. 6 que dice: "...Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves".

Tal como hemos visto en el epígrafe II de este capítulo, la falta en el cheque en descubierto no esta tipificada en nuestro Código penal, lo cual apoya mi planteamiento de la necesaria supresión de la incriminación culposa del art. 563 bis-b. [86]

En cuanto a la penalización de la forma dolosa, habrá de atenderse a los criterios generales del Cód. penal, en especial al art. 61, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes entre los hechos delictivos, en la forma siguiente:

"1. Cuando en el hecho concurriera sólo alguna circunstancia atenuante impondrán la pena en el grado mínimo.

2. Cuando concurren sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo. (Por ejemplo la reincidencia).

3. Cuando concurrieran circunstancias atenuantes y

⁸² Conviene aclarar que la graduación de la multa sigue un régimen especial, ya que según el art. 76 C.P. dice: "Los grados superior o inferior de la pena de multa, sea de cuantía fija o proporcional, se formarán, respectivamente, aumetando la mitad de su cifra máxima a la cantidad total señalada por la ley, o reduciendo de su cifra mínima la mitad de esta última".

⁸³ Según S.T.S. 30-5-59; 16-12-61; etc..

⁸⁴ Sin embargo existe un sector de la doctrina, como Antón Oneca, que admiten tal posibilidad.

⁸⁵ De uno a treinta días. Pues las penas privativas de libertad se estiman como más graves que las privativas de simples derechos: como el extrañamiento, el confinamiento, el destierro, la inhabilitación, etc., según S.T.S. 15-4-87.

⁸⁶ Tal como expongo en el capítulo IV, ep. IV, 4)

agravantes, las compensarán racionalmente para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

4. Cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes, los tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio.

5. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una solo muy calificada y no concorra agravante alguna, los tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

7.(6) Dentro de los límites de cada grado, los tribunales determinarán la extensión de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito".

Referente al delito frustrado o en tentativa, habrá de seguirse los criterios de los arts. 51 y 52 del C.P., pero en el caso particular del art. 563 bis-b, por ser un delito considerado de simple actividad, tal y como se mencionó en los capítulos III y V, en teoría no será posible dichas formas imperfectas de ejecución, al menos en los tipos 1 y 3, tal como allí menciona.

Los inductores y cooperadores necesarios, como señala el art. 14 son igualmente autores, a los cuales se les impondrá la pena señalada para el delito en cuestión (art. 49 C.P.), según la graduación de la pena de arresto mayor o multa que corresponda.

Para los cómplices, según el art. 53 "...se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley al autor del mismo delito".

A criterio de la doctrina, quedan fuera de la penalidad los cómplices que lo sean de los actos llamados preparatorios.

Así como a los encubridores de un delito consumado, según el art. 54 y 55 se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la ley al autor del mismo delito.

Como puede observarse, aunque el delito de cheque en descubierto fuese considerado de naturaleza material (de resultado), la pena para este tipo de sujetos activos, quedaría reducida a la casi nula penalidad [87].

⁸⁷ El delito frustrado baja la pena a los autores en un grado; la tentativa de delito la baja en uno o dos grados.

1) Arresto Mayor o Multa

Elegir un tipo de pena u otro no es una tarea fácil [88], pues cada una tiene sus ventajas e inconvenientes, dependiendo su elección de cada caso particular y del delincuente concreto.

Como criterios generales se admiten, que la pena privativa de libertad no debería ser superior a veinte años por los efectos destructores de la personalidad que ello causa; ni tampoco deberían de ser inferiores a seis meses o un año, por la imposibilidad de producir efectos disuasorios y reformativos, constituir un factor criminógeno de contaminación importante, y su elevado coste social que ello conlleva [89].

Por lo que al art. 563 bis-b se refiere, tal como hemos visto anteriormente, la pena que se impondrá será de arresto mayor (de un mes a seis meses), sea cual fuere el importe del cheque impagado, lo mismo da que sean de 500 ptas. que de 500 millones de ptas., lo cual en mi opinión ya de por si es un absurdo.

Si a ello unimos que si el autor no tiene antecedentes penales o los tiene cancelados, él mismo no ingresará en prisión por aplicación de la remisión condicional de los arts. 92 y siguientes del Cód. penal [90].

Sirvan como ejemplo, las penas señalada en las siguientes sentencias para poder apreciar tal cuestión:

24-2-84 "El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por M.M.T. contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito continuado de cheque en descubierto a la pena de tres meses de arresto mayor

21-4-89 "El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la acusación particular contra la sentencia de la Audiencia... y le condenó como autor de un delito de cheque en descubierto a la pena de tres meses de arresto mayor".

16-4-90 "El T.S. declara haber lugar al recurso estimando el

88 Dependerá en gran medida de los fines que a la pena se le quiera otorgar. Si se parte de teorías absolutas, se asignará a la pena un carácter retributivo. En cambio si se parte de teorías relativas, se entenderá que la pena cumple una función preventiva

89 Manuel Cobo del Rosal y T.S. Vives Antón; idem; pág. 633

90 Art. 92: "...El plazo de esta suspensión será de dos a cinco años, que fijarán los tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta".

motivo tercero, y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito de cheque en descubierto, sin circunstancias, a la pena de dos meses de arresto mayor".

Llegamos a la conclusión de que muy poco efecto intimidatorio tiene la penalización de este delito, por el escaso número de personas que en definitiva ingresan en establecimientos penitenciarios por este delito.

Además de la "extraña" responsabilidad civil que al mismo se le aplica, tal como veremos en el próximo epígrafe.

En cuanto a la multa, el inconveniente más relevante que se señala por la doctrina, es la desigualdad de consecuencias jurídicas y sociales que suponen para el autor rico o para el pobre, ya que les será aplicado el arresto sustitutorio, si no se paga la pena de multa en un pago determinado, tal y como lo expresa el art. 91:

"Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón del delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta. El cumplimiento de dicha responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna...".

En cambio como señala MIR PUIG, su ventaja principal está en que no menoscarba ningún bien personalísimo como la libertad, no arranca al sujeto de su entorno familiar y social, ni le priva de su trabajo; además proporciona ingresos para la colectividad, disminuyéndolos al delincuente.

Dada la flexibilidad del art. 90 que dice: "...Cuando el multado carezca de recursos, el Tribunal podrá autorizarle para que satisfaga la suma impuesta en plazos, cuyo importe y fecha serán fijados teniendo en cuenta la situación del reo".

Que lo más adecuado con la filosofía del art. 25 de la Constitución [71] es la multa, o en su defecto o sustitución, el arresto de fin de semana, dado el alto valor que la sociedad actual le da al tiempo de ocio.

Aunque en mi opinión, el tipo de multa del art. 563 bis-b es

⁷¹ Art. 25, 2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.."

innadecuado, ya que tendría que tenerse en cuenta de una forma proporcional el valor del cheque en descubierto.

Por otra parte téngase en cuenta, que el Borrador del Anteproyecto de Código penal de octubre de 1.990, sólo prevé como penas privativas de libertad la prisión (con duración mínima de seis meses y máxima de veinte años) y el arresto de fin de semana (mínimo de un fin de semana y máximo de veinticuatro) [72]. En cuanto a la pena de multa, se establecen cuotas diarias, semanales o mensuales, cuya extensión será de un día a veinticuatro meses [73]. Así como otras medidas de seguridad.

En definitiva se está afirmando que la pena, y en especial la privativa de libertad, debe de ser considerada como la última ratio en la defensa del orden social, debiéndose acudir a ellas cuando las otras formas de represión jurídica se demuestren insuficientes, como las sanciones políticas, administrativas, civiles, mercantiles, etc.

V) OTRAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO

Además de la pena, la cual hemos visto al hablar de la Punibilidad, el delito en sí lleva aparejado otras consecuencias jurídicas como pueden ser el daño civil; las costas procesales; la prescripción; la rehabilitación; etc..

En este epígrafe me parece de interés el tratar la responsabilidad civil y la prescripción, en cuanto que en las mismas se observa ciertas particularidades propias del delito de cheque en descubierto.

1) La Responsabilidad Civil en el Cheque en Descubierto

El art. 101 nos indica que la responsabilidad civil establecida en el Código penal comprende: 1) La restitución; 2) La reparación del daño causado y 3) La indemnización de perjuicios.

Especificándose que la restitución deberá de hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible (art. 102). La reparación habrá de valorarse en la entidad del daño, por regulación del Tribunal (art. 103). Y la indemnización de perjuicios materiales y

72 Según art. 33; 34 y 35

73 Arts. del 45 al 49.

general: "la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal (art. 108 de la L.E.Cr.) [75], siempre que el interesado no se oponga a ello, bien por razón de reserva de ejercicio (art. 112 L.E.Cr.), o bien por renuncia (arts. 109 y 110 L.E.Cr.) [76].

En referencia al delito del cheque en descubierto tal regla general se rompe, es decir y en mi opinión, con el criterio jurisprudencial que se viene aplicando al art. 563 bis-b sobre su responsabilidad civil, se deja relegada la misma al absurdo [77]. Como según se puede apreciar por ejemplo, en la sentencia de Apelación de la Audencia Provincial de Cáceres del 11-6-87:

"Tanto el propio apelante como el Ministerio Fiscal impugnan la sentencia apelada en la indemnización fijada en ella de 824.043 ptas. (importe de los cheques en descubierto más los gastos de protesto), y que debe limitarse a la suma de 2.184 ptas. a que ascienden los gastos de protesto, tesis que debe prosperar a la luz de lo señalado en el art. 101 en relación con el art. 104 del C.P. y a la jurisprudencia interpretadora de dichos preceptos, y conforme a la cual la responsabilidad civil del delito de cheque en descubierto se circunscribe al deber de indemnizar los perjuicios criminales irrigados por tal delito por la cantidad debida ya que el deber de pago es anterior al delito (S.T.S. 30-12-69; 2-11-70), sin olvidar que el cheque en descubierto es un delito formal sin contenido patrimonial (S.T.S. 12-3-71; 15-3-72), por lo que la indemnización debe limitarse a la suma de 2.184 ptas. a que ascienden los gastos de protesto". [78]

75 Si bien la doctrina entiende que existen delitos sin daño civil; delitos con daño civil inherente; y delitos con daño civil eventual o consecuencial.

76 La renuncia sólo es a instancia de parte, y sólo afecta al interes del condonante.

77 Dicho en término de defensa

78 Dicha sentencia de apelación revocaba la sentencia 6-11-86 del Sr. Juez de Instrucción núm 1 que decía: "Fallo: Que debo condenar y condeno a J.A.A.G. como autor responsable de un delito de cheque en descubierto ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 50.000 ptas. de multa, con arresto sustitutorio de un día por cada 2.000 ptas. de multa que dejare de satisfacer cuando fuere realmente requerido para ello, y a que indemnice al perjudicado M.J. en la suma de 824.043 ptas, y a que pague las costas del procedimiento, quedando absuelto del delito de estafa, objeto de la acusación".

También es de resaltar el coste procesal que ello conlleva, ya que para recuperar el importe del cheque impagado se obliga al tenedor a iniciar otro procedimiento, en este caso por la vía civil, lo cual representa un gasto extraordinario y una dilación innecesaria en el tema, pues como regla general la responsabilidad civil no puede declararse frente a quien no ha sido condenado a una pena, lo cual pudiera infringir el principio procesal "ne bis in idem" (duplicidad de procedimientos) [77]; además de dar oportunidad al deudor (librador) para colocarse en una posible situación de insolvencia.

Por otra parte, si la excusa absolutoria del art. 563 bis-b hace desaparecer su punibilidad, y en consecuencia su responsabilidad penal, será lógico que también desaparezca su responsabilidad civil, ello en base a la regla general contenida en el art. 19 Cód. penal ya vista, pero en este caso a sensu contrario [100].

Ya que basta la ausencia de cualquier de los elementos del delito (o falta) para que éste decaiga, y en consecuencia también su responsabilidad civil, al menos mientras la propia ley no disponga otra cosa, como ocurre en los casos del art. 20 y 564 del propio Cód. penal.

Aunque en este aspecto no toda la doctrina está de acuerdo, para BAJO FERNANDEZ la excusa absolutoria no alcanza a la responsabilidad civil en el delito de cheque en descubierto. [101]

En mi opinión, creo que a lo que se refiere dicho autor en este caso, es al importe del cheque, y no a la responsabilidad civil, ya que la misma si el Código no hace especial excepción, habrá de aplicarse la regla general antes mencionada del art. 19 a sensu contrario.

No obstante, si tenemos en cuenta el contenido del art. 1158 del Cód. Civil [102], habrá de entenderse que el pago hecho por un tercero no posibilita la extinción de la obligación civil [103]

77 Según hemos visto en la Introducción, epif. II 1,c

100 En este criterio Quintero Olivares, idem separata, pág. 752; Majada, idem, pág. 336

101 Miguel Bajo Fernandez, idem, pág. 387

102 Que dice: "Puede hacer pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación....."

103 En base a la acción subrogatoria del art. 1111 C. Civil

Tal como señala CABALLERO EGEA [104], la acción civil es de naturaleza rogatoria, es decir, los Tribunales no podrán sobrepasar la cuantía de lo pedido, ni podrán por la misma razón, hacer pronunciamientos no solicitados a favor de personas distintas a los que los accionantes hayan señalado como beneficiarios, o en nombre los cuales se acciona [105].

a) **Criterio Jurisprudencial en su aplicación.** Se da el caso paradójico de que en este tipo de delito se produce una excepción a la norma general vista en el art. 19 C.P.

Ya que al entender de la jurisprudencia, en base al bien jurídico protegido y al art. 1170 del C. Civil en relación con el 1089 [106], se tiene que excluir de la responsabilidad civil el valor del cheque en el art. 563 bis-b, para dejarla vigente en el subsidiario procedimiento civil correspondiente.

VIVES ANTON [107], efectua una sinopsis de las declaraciones más relevantes de las sentencias del Tribunal Supremo, por las cuales se justifica esta jurisprudencia:

- 1) "Es improcedente la indemnización civil, en términos generales en los casos de delito de cheque en descubierto, por no existir perjuicios reales derivados del delito, ya que presupone un crédito insatisfecho, no cobrado por este medio de pago, pero que sigue intacto entre el acreedor y librador..".
- 2) "Siempre quedará en pie por tanto la reclamación civil oportuna, derivada de las relaciones privadas entre partes".
- 3) "No se producen más perjuicios derivados del delito que los gastos de protesto".
- 4) "La deuda civil es anterior en su origen, distinta en su naturaleza, independiente en su sustantividad que la responsabilidad civil derivada del delito".

¹⁰⁴ Alfredo Caballero Egea: "Derecho Penal: Problemática Judicial"; editorial Aranzadi; página 130

¹⁰⁵ El art. 107 C.P. señala el modo de como se distingue la responsabilidad civil entre los diferentes participantes

¹⁰⁶ Art. 1089 C. Civil: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y causi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

¹⁰⁷ T.S. Vives Antón y otros, idem; pág. 977

5) "El delito es de carácter formal, atenta contra la seguridad del tráfico mercantil, que es lo que fundamentalmente se protege y carece de contenido patrimonial".

6) "Los derechos privados patrimoniales entre las partes pertenecen inalterables y sin mutaciones esenciales". [108]

Por su parte BALDO CASTAÑO [109] también efectúa una recopilación de las sentencias más relevantes en esta materia:

Por mi parte señalar las Sentencias T.S. de 21-4-89 y 14-9-90, que se expresan en el mismo sentido.

Afirmando con palabras de VIVIES ANTON que: "La solución jurisprudencial resulta pintoresca. El acreedor logra que su deudor ingrese en prisión, pero no cobra la deuda. Lo único que va a serle reembolsado en el proceso penal son los gastos de protesto, acto que ni es necesario hoy para ejercitar la vía civil, ni guarda relación con el delito cometido. [110]

En contra de esta jurisprudencia reiterada durante años, solamente se alzaron algunas pocas voces, como la de la Audiencia Provincial de Lérida, al declarar la responsabilidad civil inherente a este delito en su sentencia 6-7-74, alegando razones de coherencia legislativa y de sentido común, como:

- Los principios generales del Derecho penal (arts. 19; 101 a 104)
- Los principios de la Ley Enjuc. Criminal (arts. 106 a 114)
- En base al quebrantamiento patrimonial subsidiario.
- A la posible apropiación indebida implícita.
- Estar el art. 563 bis-b entre los delitos contra la propiedad.

¹⁰⁸ S.T.S. del 8-2, 15-3, 2-10, 20-11-72; 26-1, 6-3-, 8-11-73; 4-6-76; 15-11-77; 25-4-78; 12-2, 12-12-79.

¹⁰⁹ Vicente Baldó del Castaño, *idem*, pág. 616/7. S.T.S 21-10-72, 8-11-73, 22-6-76, 9-6-77, 5-4-78 entre otras. Argumentando

- 1) "Porque con la entrega de tales talones no se enriqueció...
- 2) "Habrá que acudir a la vía civil para cobrar su importe, por el delito de Ch. en descubierto no tiene carácter patrimonial...
- 3) "La deuda debe de continuar sometida al imperio de las normas civiles o mercantiles bajo las que se contrajo...
- 4) "Únicamente resultan abonables los gastos de protesto..."

¹¹⁰ En igual o parecido sentido: A. MAJADA, *idem* pag. 368; y STAMPA BRAUN en La reforma del Derecho penal económico español.

- Rapidez y economía procesal (se ahorra un procedimiento).
- Retraimiento de los perjudicados por lo injusto del caso.
- Ironía de incluir solamente los gastos de protesto.

Así como las argumentaciones del Magistrado CARRETERO PEREZ [111]:

- Tener cierta apariencia de crédito, en relación con el art. 529
- Las necesidades y usos actuales del cheque.
- Razones de Política criminal, estimular a los perjudicados.

Ultimamente el Fiscal Provincial de Teruel [112] ha efectuado unos razonamientos a los cuales me sumo, que por su brillantez y acierto me parecen ser dignos de transcripción:

"..Se observa que en numerosos procedimientos incoados por este delito es fácil el recurso al sobreseimiento o a la sentencia absolutoria si ha mediado dicho pago... Esta solución abre a mi juicio, la puerta a dos cuestiones que sería preciso resolver:

1) Si como se desprende de la afirmación anterior, lo que en definitiva interesa determinar al juzgador es que el talón ha sido abonado o no, de tal manera que aun concurriendo todos los requisitos exigidos por el tipo penal, éste ha sido satisfecho, entonces,...procede dictar sentencia absolviendo al acusado. La pregunta en este caso es obvia ¿por qué no se exige al inculpado, en concepto de responsabilidad civil, el importe del talón?

2) El condicionar,...el resultado condenatorio o absolutorio de una causa penal... a que el cheque haya sido abonado o no, estaría rayando los límites de la antigua 'prisión por deudas' amén de que se convierte el procedimiento en un verdadero mecanismo de coacción legal utilizado por el denunciante que, sabedor en muchos casos de la mayor protección que tiene el cheque sobre otros documentos mercantiles, exige a veces el abono de las deudas con el correspondiente talón.

Se convierte así este tipo delictivo, puesto en manos de los acreedores en un verdadero mecanismo de fraude legal, al modo de como lo contempla el art. 6, 4 del Cód. Civil, y que está

¹¹¹ Citado por MAJADA, idem, pág. 306

¹¹² Memoria del Fiscal General del Estado, año 88, pág. 67/68

- Rapidez y economía procesal (se ahorra un procedimiento).
- Retraimiento de los perjudicados por lo injusto del caso.
- Ironía de incluir solamente los gastos de protesto.

Así como las argumentaciones del Magistrado CARRETERO PEREZ [111]:

- Tener cierta apariencia de crédito, en relación con el art. 529
- Las necesidades y usos actuales del cheque.
- Razones de Política criminal, estimular a los perjudicados.

Ultimamente el Fiscal Provincial de Teruel [112] ha efectuado unos razonamientos a los cuales me sumo, que por su brillantez y acierto me parecen ser dignos de transcripción:

"..Se observa que en numerosos procedimientos incoados por este delito es fácil el recurso al sobreseimiento o a la sentencia absolutoria si ha mediado dicho pago... Esta solución abre a mi juicio, la puerta a dos cuestiones que sería preciso resolver:

1) Si como se desprende de la afirmación anterior, lo que en definitiva interesa determinar al juzgador es que el talón ha sido abonado o no, de tal manera que aun concurriendo todos los requisitos exigidos por el tipo penal, éste ha sido satisfecho, entonces,...procede dictar sentencia absolviendo al acusado. La pregunta en este caso es obvia ¿por qué no se exige al inculpado, en concepto de responsabilidad civil, el importe del talón?.

2) El condicionar,...el resultado condenatorio o absolutorio de una causa penal... a que el cheque haya sido abonado o no, estaría rayando los límites de la antigua 'prisión por deudas' amén de que se convierte el procedimiento en un verdadero mecanismo de coacción legal utilizado por el denunciante que, sabedor en muchos casos de la mayor protección que tiene el cheque sobre otros documentos mercantiles, exige a veces el abono de las deudas con el correspondiente talón.

Se convierte así este tipo delictivo, puesto en manos de los acreedores en un verdadero mecanismo de fraude legal, al modo de como lo contempla el art. 6, 4 del Cód. Civil, y que está

¹¹¹ Citado por MAJADA, idem, pág. 306

¹¹² Memoria del Fiscal General del Estado, año 88, pág. 67/68

pidiendo una reforma penal drástica de este delito...En tanto se produce la misma sería conveniente en este punto modificar el actual planteamiento en materia de responsabilidad civil y exigir por vía de petición de indemnización, no sólo los gastos del protesto, sino también el propio importe del cheque..".

En resumen pienso, que a pesar de la jurisprudencia existente en este delito [¹¹³], el importe del cheque también debería estar abarcado dentro de la responsabilidad civil, tal como lo hemos visto más arriba al hablar sobre su propio concepto genérico.

También por el criterio jurisprudencial que es aplicado al art. 784,5 de la L.E.Cr., sobre la responsabilidad subsidiaria de las Compañías en el seguro voluntario, ya que el mismo, siendo algo derivado "ex obligatio" y no "ex delicto", igualmente se las condena al pago de las indemnizaciones correspondientes en caso de siniestro [¹¹⁴].

Así como por la lógica de las cosas. Pues hemos de reconocer que a la sociedad en general, poco le importará la seguridad del tráfico mercantil del cheque, si los otros documentos mercantiles como las letras de cambio o los pagarés carecen de ella, sin contar los demás títulos-valores existentes.

Y al tomador o perjudicado en particular, como es lógico, cuando inicia un procedimiento, lo que realmente le interesará es recuperar su perjuicio patrimonial, o sea, cobrar su deuda, y no el pleitear por la infracción de un bien jurídico "utópico".

¹¹³ Según sentencia 14-9-90: "La cuestión planteada en el motivo primero del recurso, formulado al amparo del núm 1 del art. 849 de la L.E. Cr. por no aplicación de lo dispuesto en los arts. 19, 101 y siguientes del C.P., ha sido ya resuelta por esta Sala en múltiples resoluciones coincidentes todas ellas en afirmar que la indemnización civil en términos generales en los supuestos de los delitos de cheque en descubierto, es improcedente por no existir perjuicios reales derivado del delito, ya que presupone un crédito anterior a su expedición, insatisfecho, y no cobrado por este medio de pago y que por ello sigue intacto entre acreedor y librador al no haberse producido el pago como medio de extinción de la obligación, el que podrá reclamar ejercitando las acciones civiles oportunas derivadas del negocio jurídico existente entre las partes, pues el delito de cheque en descubierto, por el que ha sido condenado el recurrente no genera otros perjuicios en orden a la responsabilidad civil que los gastos de protesto..."

¹¹⁴ Según S.T.S. 7-5-75; 14-7-77; 19-5-80; 20-4-81; etc.

2) La Prescripción en este Delito.

Según la sentencia del Tribunal Supremo del 31-5-76 podemos afirmar que la prescripción es una institución que se justifica: ...a la necesidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales, que sólo pueden poner en actividad a los órganos de la jurisdicción criminal dentro de los plazos, que según la transcendencia de la infracción delictiva establece el ordenamiento jurídico-penal, y como en la legalidad vigente la prescripción extingue la acción criminal por el mero transcurso de un período de tiempo determinado y variable según los casos, comenzando a correr desde el día en que se hubiera cometido el delito [¹¹⁵], no desde que éste se conozca o se inste el proceso, conforme al pár. 1 del art. 114 del CP, pudiendo ser alegada en cualquier estado de las actuaciones y estimada si la prescripción aparece claramente probada...".

Debiéndose de añadir el párrafo 2 del art. 114 que dice: "Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo a correr de nuevo el tiempo de la prescripción desde que aquél termine sin ser condenado o se paralice el procedimiento". [¹¹⁶]

En consecuencia la prescripción se levanta sobre dos pilares básicos: la paralización del procedimiento o inactividad en su persecución; y el lapso de tiempo que señala el art. 113 del CP. según los tipos de pena.

Doctrinalmente se considera que la naturaleza de dicha institución no es de carácter procesal, sino de índole material, actuando por tanto no sobre la acción persecutoria, sino sobre el delito mismo, es decir, borrando su existencia [¹¹⁷].

También puede ser apreciada ex officio, sin que el "onus probandi" deba recaer en la parte que la invoca a su favor, de modo que la incertidumbre en torno a la fecha a "quo" de la prescripción debe resolverse conforme al principio "in dubio pro reo". [¹¹⁸]

¹¹⁵ En los delitos de resultado el plazo empezará a correr desde la producción de éste o del último si hubiera varios. En los de pura actividad, como el art. 563 bis-b, al cesar la misma.

¹¹⁶ Igual doctrina entre las S.T.S. 10-6 y 13-6-90; 12-12-90

¹¹⁷ Según S.T.S. 22-2-85; 21-9-87; etc.

¹¹⁸ Según S.T.S. 21-9-87; 2-12-88; 16-11-89; 31-10-90; etc.

La acción penal en el delito de cheque en descubierto prescribirá a los cinco años, ya que el art. 563 bis-b señala para el mismo una pena de arresto mayor o multa, pena que es inferior a seis años que se marcan dentro de uno de los tramos del art. 113 C.P. [¹¹⁷], según S.T.S. 29-5-89 y 31-10-90.

Lo cual es paradójico con el corto plazo de prescripción de las acciones civiles de la Ley Cambiaria. Efectivamente, el art. 157 de la L.C.CH. dice: "Las acciones que corresponden al tenedor contra los endosantes el librador y los demás obligados prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación. Las acciones que corresponden entre sí a los diversos obligados al pago de un cheque prescriben a los seis meses a contar desde el día....".

Como puede observarse, la filosofía sobre el cheque en la nueva Ley Cambiaria, es que se agilicen los trámites en la reclamación de las deudas por impago de las mismas, ya que se cataloga al cheque como un simple instrumento de pago, y como tal debe de tener una vida corta, sino sería un crédito.

Lo cual choca con la filosofía del art. 563 bis-b, ya que al mismo se le da un tratamiento en este aspecto como a las estafas (excepto las muy cualificadas), los hurtos, la apropiación indebida, los robos sin resultado de muerte, etc., etc.

En cuanto a la responsabilidad civil nacida por los delitos o faltas, el art. 117 del C.P. nos remite para su extinción a las demás obligaciones del Código Civil, el cual en su art. 1.156 nos habla de sus causas, y en sus arts. 1.930 y siguientes de la prescripción de las obligaciones, las cuales van desde un año a cinco años, dependiendo del tipo de obligación.

Con lo cual podemos concluir, en que la responsabilidad civil del cheque en descubierto puede prescribir como máximo a los 5 años, que es cuando prescribe también el delito. Es decir, un deudor tiene siempre el deber de saldar sus deudas con sus acreedores en base al art. 1911 del Cód. Civil [¹²⁰], pero el acreedor solamente tiene derecho a exigir sus créditos durante un plazo legal determinado, transcurrido el cual cesa ya la obligación del deudor.

En definitiva la prescripción es una institución que existe para restablecer el orden jurídico, por el no uso de un derecho.

¹¹⁷ Art. 113, 4: "A los cinco, cuando señalare cualquier otra pena". Refiriéndose si no excede de seis años

¹²⁰ Art. 1911 C.Civil: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros"

CAPITULO OCTAVO

CUESTIONES DE POLITICA CRIMINAL SOBRE EL CHEQUE EN DESCUBIERTO

CUESTIONES DE POLITICA CRIMINAL SOBRE EL CHEQUE EN DESCUBIERTO

El presente capítulo no tiene como objetivo el entrar en la vieja polémica doctrinal [1], sobre la conveniencia o no de regular el cheque sin fondos como un hecho delictivo autónomo, ello es una cuestión que voy realizando durante toda tesis.

Por el contrario, lo que aquí voy a intentar realizar es el exponer una serie de cuestiones complementarias que nos parecen de cierto interés, a fin de establecer un juicio crítico lo más amplio posible sobre el art. 563 bis-b.

1) PROYECTOS DE REFORMA SOBRE LA PENALIZACION DEL CHEQUE

A continuación voy a exponer brevemente los últimos proyectos españoles de reforma sobre la penalización del cheque en descubierto, pues ello nos proporcionará una visión más completa de la evolución legislativa subyacente del tema.

1) Proyecto de Código Penal de 1.980

Con la instauración de la Monarquía española en 1975, se reorganizó la Comisión General de Codificación mediante el Decreto orgánico del 26-2-76, que fue parcialmente modificado por el Real decreto núm. 225 del 17 de febrero de 1978, en el cual se previa la facultad del Ministro de Justicia de designar Ponencias especiales para la elaboración entre otros de un Anteproyecto de nuevo Código penal, de acuerdo con los valores constitucionales restablecidos en nuestra Nación el 6 de diciembre de 1978.

Efectivamente, el Ministro de Justicia, entonces D. LANDELINO LAVILLA, en uso de sus facultades nombró el 25-4-78 una Ponencia especial para preparar un Anteproyecto de Cód. penal, señalándose un plazo para ello hasta el 30 de noviembre del mismo, plazo a todas luces insuficiente, quizá ello fue debido al propósito de querer tener un sistema penal de acorde con la nueva legalidad que se iba a implantar [2].

¹ Ver debate doctrinal en "Estudios de Criminalidad Económica" de A. Fernandez Albor, editorial Bosch, pág. 63 y sgtes. (a favor Cuello Calón/en contra Quintano Ripolles)

² Principios constitucionales vistos en el capítulo Introducción, epígrafe II)

Dicha ponencia especial estaba constituida por CONDE PUMPIDO (como parte del Ministerio Fiscal); DIAZ PALOS (Magistrado); GIMBERNAT ORDEIG y RODRIGUEZ MOURULLO (como catedráticos de Derecho Penal).

La primera sesión tuvo lugar el 9 de mayo del 78, donde fue aprobada por la Sección cuarta la exposición de los principios generales del nuevo Código, con arreglo a los cuales se prosiguieron las tareas siguientes de elaboración del anteproyecto mencionado [3].

El Anteproyecto fue concluido el 16-1-79, aunque no llegó a ser firmado por los Ponentes hasta el 28 de marzo de 1979. Constando el mismo de 678 artículos, una disposición derogatoria, siete transitorias y una final.

Según RODRIGUEZ DEVESA [4]: "Las vicisitudes de Anteproyecto de 1979, entre el momento de su firma y su aprobación por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 1979, restan en las tinieblas El Proyecto del Ministro de Justicia, cuyo titular era CAVERO LATEILADE, sucesor de L. LAVILLA ALSINA, difería del Anteproyecto al elevar el número de artículos, ya exorbitante, a 688. Se ignora a quién se deben las alteraciones, algunas cualitativas, como las relativas al aborto. El Consejo de Ministros parece que debió otorgar una aprobación 'en blanco', pues no se explica de otro modo la dilación en publicarse en el BOCG., donde no aparece hasta el 17 de febrero de 1980. Los miembros de la Sección cuarta de la Comisión General de Codificación no recibieron nunca, ni una copia del Anteproyecto de 1979, ni del Proyecto del Ministerio de Justicia, ni, por lo tanto, tuvieron nunca oportunidad de emitir el preceptivo informe requerido por el Decreto orgánico de 1976 reformado en 1978. Es de suponer que el retraso fue motivado por la necesidad de oír a los restantes Ministerios. La más negra oscuridad reina en orden a actas, que no se levantaron, y razones por las que se modificó el Anteproyecto". [5]

³ Puntualizando por RODRIGUEZ MOURULLO (ponente general) que: "La reforma del Cód. penal que ahora se proyecta, se plantea como una revisión profunda del vigente y no como la redacción de un nuevo Código. Redactar un nuevo C.P. es tarea que requiere largo tiempo de estudios preparatorios y de consultas de las Universidades, Tribunales, Colegios de Abogados y a otras Corporaciones y Asociaciones.."

⁴ JM. Rodríguez Devesa: idem, edición 1990, en "El Proyecto de L.O. de Cód. penal de 1980"; editorial Dykinson, pág. 147

⁵ Dicho autor el 22-1-79 formuló una propuesta, la cual además de subrayar la irregularidad del método seguido, sugería que la Ponencia elaborase un simple borrador. No fue escuchada.

En consecuencia puede afirmarse, que el Proyecto de 17 de enero de 1980 de Código penal, con independencia de prescindir del principio de jerarquía normativa, ilegalidad y aspectos de inconstitucionalidad en su aprobación, el método utilizado en la elaboración del Anteproyecto de 1979, no fue el más adecuado para una reforma de tanta envergadura como es la elaboración de un nuevo Código penal, pues se forzó a trabajar a los Ponentes a un ritmo exorbitante, olvidándose de los más elementales criterios de divulgación y consenso, pues no se atendió la solicitud de al menos siete Juntas de Facultades de Derecho (de las Universidades de Barcelona, Oviedo, Madrid, Granada, San Sebastián, Valladolid y la UNED) que demandaban del Ministerio de Justicia se abriese un periodo informativo antes de remitir el Anteproyecto a las Cortes Generales, ni se recabaron informes de expertos criminólogos o especialistas en temas puntuales tanto nacionales como extranjeros [6].

No obstante, como referencia histórica sobre los proyecto de reforma del delito de cheque en descubierto, nos queda el recuerdo de los artículos 354 y 355 encuadrados en el libro II (Delitos y sus penas); Título VIII (Delitos contra el orden socio-económico); capítulo IV (De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito); sección segunda: Del cheque en descubierto, y que decían:

Artículo 354: "El que librare cheque o talón de cuenta corriente a sabiendas de que a su presentación en el plazo legal no habrá en poder del librado disponibilidad de fondos bastante, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses. A efectos de computar el plazo legal se tendrá por hecha la presentación al cobro con el ingreso del cheque o talón en cuenta corriente para su compensación bancaria.

"En la misma pena incurrirá el que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, retirare ésta con la intención de impedir el pago. El bloqueo de la provisión sin causa justificada y con igual finalidad será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

"El tomador del efecto que lo transmitiere a otro con cualquier finalidad, a sabiendas de su falta de cobertura, será castigado con la pena señalada en el párrafo primero de este precepto.

"No obstante lo dispuesto anteriormente, quedarán exentos de responsabilidad penal el librador o tomador que, en sus respectivos casos, hiciere efectivo el cheque o talón en el plazo

⁶ Quizá ello fue debido a la mentalidad de la clase política dominante en aquellos momentos.

de cinco días contados a partir de la fecha de ser requerido fehacientemente para ello.

"La responsabilidad civil derivada del presente delito alcanzará, en todo caso, al reembolso de la cantidad que el cheque importare, cuando la entrega del mismo obedeciere a una contraprestación o desembolso del tomador.

"Lo dispuesto en este artículo no será aplicable si el hecho constituyere delito de estafa".

Como puede observarse, dicho artículo parte de las mismas acciones que se tipifican en el actual art. 563 bis-b, que son el librar, retirar y negociar un cheque sin fondos, pero se introducen unas importantes y necesarias reformas en la redacción de los tipos señalados, con lo cual al menos se mejoraba el actual art. 563 bis-b.

Una de las más relevantes reformas fue, la exigencia clara y precisa del dolo necesario en los tres tipos indicados, con lo cual se hubiese cerrado la polémica doctrinal y jurisprudencia de si la forma culposa tiene cabida o no dentro de las acciones primera y segunda del art. 563 bis-b.

Otra novedad introducida fue, el dejar la problemática cuestión sobre la fecha consignada en el documento, con lo cual se hubiera trasladado la consumación del delito al momento de la presentación del cheque al cobro, con lo que se hubiese eliminado la cuestión de la postdatación o antedatación, ya que el cheque si así lo acuerdan las partes, también puede servir como un instrumento de pago aplazado.

También como el aclarar la cuestión del bloqueo de fondos, ya que a veces incluso puede ser por causa legal y justa.

Asi como una importante novedad hubiera sido, la cuestión de reconocer expresamente que dentro de la responsabilidad civil se incluya el importe del cheque, siempre que el mismo obedeciere a una contraprestación o desembolso del tomador. Lo cual ya de por si hubiera ahorrado muchos procedimiento civil subsidiarios.

En cambio es criticable, que aún se hubiera mantenido la excusa absolutoria del actual art. 563 bis-b, por cuestiones de política criminal, lo cual en nuestra opinión confirma la debilidad del bien jurídico que se pretende proteger, la seguridad de tráfico mercantil [7], pues en realidad lo que se demuestra con su pertinencia, es la importancia del pago de la deuda sobre la lesión del bien jurídico tutelado.

⁷ Ver ampliación en el capítulo segundo

Así como la innecesaria remisión al concurso de leyes (art. 68 del actual C.P.) del último párrafo del art. 354.

El artículo 355 dice: "El que librare cheque o talón sobre cuenta imaginaria o ajena, o el que a sabiendas lo negociare, incurrirá a las penas previstas en el párrafo primero del art. anterior, salvo que el hecho constituyere delito más grave".

Dicho artículo a pesar de la buena voluntad de querer llenar una laguna legal sobre la penalización del cheque sobre cuenta imaginaria o ajena, no contribuyó en nada a la aplicación del principio de la "intervención mínima" propio de un moderno Cód. penal, ya que tal hecho en nuestra opinión, puede ser enjuiciado perfectamente como una falsedad de los art. 302,1 ó 9.

También es de resaltar en referencia a las infracciones relativas a los medios de pago y crédito (cap.IV), la tipificación de la letra de cambio vacía (art. 353), si bien se olvidó de mencionar al pagaré, tal como cinco años más tarde fue recogido por la Ley Cambiaria y del Cheque en cumplimiento del Convenio de Ginebra de 1930.

El Título VIII del Anteproyecto de 1979 fue objeto de muchas críticas por parte de la doctrina, ya que se consideraba que existía una confusión entre lo estrictamente patrimonial y lo socio-económico [6], pues como indica BAJO FERNANDEZ [7], el orden económico puede ser entendido en dos sentidos, uno estricto, que comprende sólo la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país; mientras que el sentido amplio abarca, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Por lo que la doctrina entiende [10], es que en el delito de letra de cambio vacía y de cheque en descubierto, lo que realmente se produce es un perjuicio patrimonial individual, por lo que no se encuentra ninguna justificación válida para la incriminación de tales conductas fuera de las defraudaciones o

* Stampa Braun y E. Bacigalupo: "La Reforma del Derecho Penal Económico Español": Inst. Estudios Económicos; pág. 16/23. Muñoz Conde: "La Ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal"; Revista Jurídica de Cataluña núm 1 de 1982; pág. 150. Bajo Fernandez: "Derecho Penal Económico"; Quintero Olivares: "Economía e instrumentos represivos"; Revista Sociológica (Papers) núm. 13; pág. 207

7 Miguel Bajo Fernandez: "Derecho Penal Económico", pág.37

10 En este sentido Stampa Braun - E. Bacigalupo, idem, pag. 159; Muñoz Conde: "Derecho Penal P.Especial, pág. 256; Bajo Fernandez, idem, pág. 412; Quintero Olivares, idem, pág. 715; etc

estafas, o en su caso de las falsedades, pues lo contrario sería volver a restaurar el fenido principio de la "prisión por deudas"

Como lo indica JOVE JANE [11]: "Abundando en el estudio que venimos realizando, es dudoso pensar que el bien jurídico protegido sea efectivamente el interés en el tráfico mercantil, quizá lo que se pretende es la protección de dicho tráfico por parte de la Banca en general".

En conclusión, al Proyecto de Código Penal de 1980 se le fijó un plazo hasta el 31-3-80 para que los Grupos Parlamentarios presentaran sus enmiendas, las cuales ascendieron a 1801 (ninguna de ellas a la totalidad del proyecto), de ellas 199 fueron de la propia UCD.

Dicho Proyecto no llegó nunca a aprobarse como Ley Orgánica, ya que no pudieron seguirse sus trámites parlamentarios correspondientes, como consecuencia de la división interna del Grupo Parlamentario de la UCD, y del cambio de Gobierno que se produjo a finales del año 1982.

2) Anteproyecto de Código Penal de 1.983

A pesar de no haber cuajado como Ley Orgánica el Proyecto de Ley de 1980, su elaboración no fue en vano, ya que el mismo a posteriori fue objeto de un minucioso examen en general por parte de la Doctrina penalista, Tribunales, Colegio de Abogados, y otras Corporaciones y Asociaciones, etc.

Hasta el extremo de que la ciencia española ha dedicado a la reforma penal nada menos que seis volúmenes monográficos: "La reforma penal y penitenciaria", Santiago de Compostela 1980; "La reforma del Derecho Penal", en revista de la Facultad de Derecho de la Facultad Complutense, Madrid; "El Proyecto de Código penal", en la revista Jurídica de Cataluña; "La reforma del Derecho penal", volúmenes I y II, Barcelona 1980 y 1981, ediciones a cargo de Santiago Mir Puig; "La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales", Madrid 1981.

Según se indica en la Introducción del Anteproyecto de 1983: "Con estos antecedentes, el grupo político hoy mayoritario en las Cámaras incluyó en su programa electoral la elaboración de un Proyecto de Código penal, por estimar no sólo que, como es opinión prácticamente unánime, era necesario una reforma total, sino también que esa tarea podía llevarse a cabo, precisamente ahora, en las mejores condiciones, a la vista del valiosísimo material aportado por el Proyecto de 1980 y por las críticas a

¹¹ Jordi Jové Jané: "La Necesaria Supresión del Delito de Cheque en Descubierto", pág. 392, en homenaje a Pérez-Victoria

que ha sido sometido desde las perspectivas parlamentaria, científica y práctica".

A tal efecto, el Ministro de Justicia de entonces D. FERNANDO LEDESMA BARTRET, en enero de 1983 nombró una Comisión formada por las siguientes personalidades: como los catedráticos COBO DEL ROSAL, GIMBERNAT ORDEIG, LUZON PEÑA, MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES; y como Magistrado del Tribunal Supremo a GARCIA MIGUEL.

Los cuales sobre la base del Proyecto de 1980, bastantes de las enmiendas de los Grupos parlamentarios de aquel entonces, las distintas aportaciones científicas sobre la reforma penal, y las propias directrices del programa electoral de la mayoría parlamentaria que formó el nuevo Gobierno, tenían la misión de elaborar un texto articulado de Anteproyecto de Código penal.

Efectivamente así lo realizaron, ya que a finales del año 1983, el Ministro de Justicia antes mencionado publicó el nuevo Anteproyecto de 1983, al objeto de recabar los criterios de científicos y prácticos en la materia que no hubiesen tenido oportunidad para ello.

Dicho periodo informativo en verdad que se ha hecho demasiado largo, pues aun hoy no se ha producido el tan comentado nuevo Código penal, a pesar de que el Grupo socialista ha gozado de dos Legislaturas con mayoría absoluta, y de existir el concenso social mayoritario para ello.

No obstante, de las Comisiones de codificación y del Parlamento han salido importantes Leyes Orgánicas de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, como la L.O. 8/1983 de 25 de junio (BOE. del 27-6-83), donde en su Exposición de Motivos se expresaba que: "Junto a la reflexión, que conduce a la necesidad de disponer de tiempo para redactar un nuevo proyecto, el Gobierno ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal y penitenciaria, cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo.., existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho, y por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Tales principios, hoy ajenos a nuestro ordenamiento punitivo,..Entrando con mayor precisión en las materias abordadas.., destaca en primer lugar, la modificación del texto del art. 1 del actual Cód. penal. Con ello se pretende de un lado, resolver la equivocidad de la referencia a la voluntariedad, de otra parte se desea sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal se juzga, por consiguiente,

como inaplazable." [12]

O como la L.O. 3/1989 de 21 de junio, de Actualización del Código penal (BOE. del 22-6-89), que tanto afectó a la Imprudencia punible (art. 565), como a las faltas del libro III Cód. penal. [13], lo cual hizo pensar que la reforma de un nuevo Código penal hubiera quedado en el olvido, tal como se expresaba el Preámbulo de dicha L.O. que en nada mencionaba al mismo, al decir cosas como: "Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima. Hace ya tiempo que existe unanimidad en la jurisprudencia y doctrinas españolas en cuanto a que nuestro sistema penal tiene una amplitud excesiva, siendo grande el número de las infracciones penales carentes de sentido en la actualidad, sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos. La situación expuesta es particularmente visible en el ámbito de las faltas".

Pero volviendo al Anteproyecto de 1983 en referencia al delito de cheque sin fondos, hemos de decir que nos alegramos de su aparición, ya que en el mismo no se consideró oportuno seguir tipificando el art. 563 bis-b, y en consecuencia se suprime el delito de cheque en descubierto, tanto en su versión patrimonial (Título XI=Delitos contra el patrimonio), como en su versión de delito económico (Título XII=De los delitos socioeconómicos), por estimarse que si no hay engaño el hecho es irrelevante penalmente, y si lo hay, su tipificación "expresa" es innecesaria por constituir por sí sólo una estafa. [14]

Dicha postura estaba fundamentada, por el respeto al principio de "mínima intervención" del moderno Derecho penal, y a la necesidad de depurar del Código penal, algunos delitos carentes de sentido en la realidad social española, máxime si se considera que a través del art. 563 bis-b se estaba restableciendo en España la "prisión por deudas", es decir, con dicho delito se convertían en punibles, aunque de una manera encubierta, el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Referente a la parte técnica de dicho Anteproyecto 83, hemos de resaltar en la parte general (libro I) se introdujeron

¹² Dicha L.O. 8/83 también introdujo reformas en los arts. 8; 11; 14; 18; 50; 61; 64; etc. Creación del 15bis, 69bis, etc.

¹³ También están L.O. 9/1984, de 26-12; L.O. 14/1985, de 9-12; L.O. 1/88, de 24-3; L.O. 3/1988, de 25-5; entre otras.

¹⁴ Francisco Muñoz Conde, idem, pág. 282

importantes novedades como: "Las que afectan a la configuración de la infracción penal y las que se refieren al sistema penológico. Entre las primeras se incluye la relevancia penal del error sobre el tipo y sobre la prohibición, la sustitución de la imprudencia como tipo autónomo por las figuras individualizadas 'crimina culposa' y la punición de la conspiración, proposición y provocación sólo en los casos en que esté expresamente previstas. Entre las novedades en el sistema penológico general sobre las que el acuerdo científico es prácticamente mínimo y que resultan ineludibles, se cuenta la limitación de las penas cortas privativas de libertad, la configuración de la pena pecuniaria conforme al sistema escandinavo de los 'días multa' y la supresión de las medidas de seguridad antedelictuales para crear un catálogo moderno y realista de medidas delictuales".

En la parte especial (libro II) "se produce la adaptación definitiva de la Ley penal a la Constitución, tanto en su aspecto orgánico como dogmático, dotando de protección penal tanto a las Instituciones constitucionales como a los derechos fundamentales.

"En este sentido se establece un máximo rigor penal en la represión de los delitos de rebeldía y terrorismo, se crea un título dedicado a los delitos contra la intimidad, y en los delitos contra el honor, se introduce la figura de la difamación. Junto a esta adaptación, resulta también ineludible en el Libro II la tipificación de los delitos socioeconómicos como categoría con vocación unitaria que ha de traer el Código tipos y sanciones penales dispersas en el articulado del texto actual y en leyes especiales.

"En los delitos contra el patrimonio y en las lesiones se introducen nuevos criterios de punición. En fin, se contempla un nuevo tratamiento penal del tráfico de drogas y se recogen en este Libro II y, concretamente, en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia los diversos supuestos de favorecimiento personal y real.

"Por último, en el Libro III, dedicado a las faltas, se procede a una auténtica depuración en relación con el Código vigente". [18]

Sería interesante aclarar, porque motivos políticos o económicos tampoco llegó a cuajar dicho Anteproyecto de 1983, gozando el Gobierno como goza, de la mayoría absoluta de las dos Cámaras parlamentarias y en dos Legislaturas consecutivas, pero este no es el tema de la presente tesis, ni se pretende aquí juzgar a nadie, solamente aportar ideas y conclusiones sobre el análisis de un delito que llevo varios años realizando, con la certeza de que no han caído en saco roto.

¹⁸ Extracto de la propia Introducción del Anteproyecto.

3) Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1.992

Con el Ministro de Justicia D. ENRIQUE MUGICA, se impulsó de nuevo la aún pendiente tarea de publicación de un nuevo Código penal, llamado "de la democracia".

A tal efecto constituyó en 1.990 un equipo de técnicos, formado por los Sres. GARCIA VALDES (coordinador general); VIVES ANTON (sustituido posteriormente por QUINTERO OLIVARES); BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE; GARCIA MIGUEL; PAZ RUBIO; y MESTRE DELGADO (secretario), cuya misión era la elaboración de un nuevo texto de Anteproyecto de Código penal, en base a la PANCP anterior, más las observaciones y críticas que se habían suscitado entretanto.

En este periodo se creó el Borrador de la Parte General (octubre 1990) del Anteproyecto de Código penal, el cual fue remitido a los Colegios de Abogados del territorio nacional, así como otras instituciones y Universidades para su debate. El cual fue recibido con bastante escepticismo, en base a los precedentes existente en este tema.

En 1991, con el nombramiento del nuevo Ministro de Justicia D. TOMAS QUADRA-SALCEDO, el tema de la elaboración de un nuevo Código penal cobra nueva vitalidad, ya que una de las primeras preocupaciones de dicho Ministro fue, la conclusión del proceso de estudio y preparación del Anteproyecto, cerrándose el Borrador con la elaboración de la parte especial del nuevo Código penal.

El Anteproyecto de nuevo Código penal, se publicó el 22-2-92, el cual está pendiente de dictamen por el Consejo General del Poder Judicial, siendo presumible su aprobación dentro de las prórrogas reglamentarias, lo cual va a permitir continuar su tramitación parlamentaria. Si bien existen muchos juristas y expertos penalistas que dudan de que dicho Anteproyecto entre en vigor algún día, y sobre todo, que su tramitación parlamentaria esté concluida antes de finalizar la presente legislatura, lo cual puede condicionar a que el nuevo Código penal sea norma vigente en función del resultado de las próximas elecciones generales, lo que a nuestro entender sería una verdadera lástima al haberse perdido tantas ocasiones histórica para realizar un proyecto que es aclamado desde la propia sociedad, ya que dicho Código penal obligará a cambios sustanciales en la infraestructura y normas penitenciarias, así como adaptar a la realidad social algunas figuras delictivas, como el art. 563 bis-b.

Efectivamente, en el nuevo Código penal, la figura del cheque en descubierto desaparece como un delito autónomo, es decir, se suprime el artículo equivalente al actual 563 bis-b, ya que en dicho Anteproyecto se preve la tipificación del mismo como una modalidad de estafa. Art.250, 3: "Cuando se realice mediante cheque, letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio", lo cual veremos en profundidad en el capítulo final.

II) ACCIONES CIVILES EN NUESTRA LEGISLACION POR SU IMPAGO

En el capítulo I, epígrafe VI,2 al hablar del Impago, hemos visto que una de las consecuencias jurídicas del mismo, además de la acción penal del cheque en descubierto, están las acciones civiles, las cuales fueron reformadas por la Ley Cambiaria 1985.

Entre las mismas podemos distinguir las acciones cambiarias directas y de regreso, y las acciones extracambiarias, las cuales abarcan tanto al cheque (arts. 146 a 153 L.C.CH.); al pagaré (art. 96); y como a la letra de cambio (arts. 49 a 68).

Veamos pues cada una de ellas, puntualizando a nuestro entender, que dichas acciones por sí solas protegen suficientemente los intereses de las posibles partes afectadas, por lo cual parece ilógico incluir dentro del Derecho penal un delito que intente proteger la seguridad del tráfico mercantil como algo abstracto y sin contenido patrimonial, o sea etéreo.

1) Acción Cambiaria de Regreso

Tal como indica la doctrina mercantilista y entre sus autores URIA [¹⁴], el cheque presenta frente a la letra de cambio la particularidad de no generar acción directa contra el librado, ya que el mismo no puede aceptar al cheque [¹⁷], y en consecuencia no entra dentro de la relación cambiaria.

Por consiguiente, el tenedor de un cheque impagado sólo tendrá acción cambiaria en vía de regreso contra el librador, los avalistas y los endosantes, según lo indica el art. 148:

"Los que hubieren librado, endosado o avalado un cheque, responden solidariamente frente al tenedor. El portador (tenedor) tendrá derecho a proceder contra todas estas personas, individual o conjuntamente, sin que le sea indispensable observar el orden en que se hubiesen obligado. El mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de un cheque que lo haya pagado. La acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás, aunque sean posteriores en orden a la que fue primeramente demandada."

Como puede observarse, una de las especialidades que introdujo la Ley Cambiaria del 85, fue la solidaridad de los

¹⁴ Rodrigo Uriá: "Derecho Mercantil", página 811

¹⁷ Según el art. 109: "El cheque no puede ser aceptado. Cualquier fórmula de aceptación consignada en el cheque se reputa no escrita".

intervinientes del cheque frente al tenedor, aunque el que hubiere reembolsado el cheque, podrá reclamarlo contra las personas que sean responsables frente a él (art. 150 L.C.CH).

Según las sentencias del Tribunal Supremo 26-10-61; 18-12-1979 y 30-11-83 (Civil): La acción de regreso derivada del cheque puede ejercitarse tanto en vía ejecutiva, como en vía ordinaria, es decir, la acción cambiaria de regreso puede ejercitarse en las dos vías mencionadas.

Efectivamente, e incluso pueden ejercitarse de una forma acumuladas, ya que el art. 154 de la L.E.Civil a sensus contrario preve dicha posibilidad al decir: "Será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio.. 1) Cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra". Por consiguiente y según la sentencia del T.S. del 28-11-83 (Sala de lo Civil), la acción cambiaria y la ordinaria en esta cuestión tienden a la misma finalidad.

La **ejecutividad** del cheque se encuentra corroborado en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto en su **art. 1429, 4** al decir: "Sólo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes. 4) Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley cambiaria y del cheque".

El elegir por parte del tenedor la vía ordinaria (juicio declarativo) o la vía ejecutiva (juicio ejecutivo), dependerá de diversos factores o motivos, como la pluralidad de libradores y endosantes; necesidades probatorias; contrato subyacente; etc., aunque lo habitual es emplear el procedimiento ejecutivo por una mayor rapidez y una serie de ventajas.

Entre ellas VALENTIN CORTES [1º] señala las siguientes:

1) No es preciso para despachar ejecución el reconocimiento judicial previo de las firmas. "La ley equipara la ausencia de un acto del deudor negando la autenticidad de la firma al reconocimiento implícito de la misma". (art. 66 L.C. y CH. en relación con los arts. 96 y 153).

Efectivamente, la novedad de este nuevo sistema, y quizá su defecto, es que los títulos ejecutivos entran en el procedimiento sin haberse comprobado su autenticidad, ni estar reconocidos como tales.

2) Se reforma y refuerza el sistema de excepciones oponibles en juicio, estableciéndose la inaplicación de los arts. 1464 y 1467,

1º Valentín Cortes Domínguez y otros: "Derecho Procesal Civil" Tomo I (vol. II); ed. Tirant lo Blanch; pág. 167 y sgts

1 y 2 de la L.E.C., en base al art. 67 L.C. y CH., que dice: "El deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra (también al cheque y pagaré) las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que él tenga frente a los tenedores anteriores si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor".

Relacionándose en dicho artículo una serie de excepciones, como la invalidez de la declaración cambiaria; la falta de legitimación del tenedor; la extinción del crédito; etc., es decir, además de las personales, las procesales, ampliándose considerablemente las posibilidades de oposición del demandado.

3) Se establece en el art. 68 L.C. y CH. un sistema por el cual es posible levantar los embargos efectuados, si se niega categóricamente la autenticidad de la firmas o la falta absoluta de representación, lo cual viene a subsanar el parte los defectos del art. 66.

Si bien es verdad de que existe una serie de casos en los cuales no será posible dicho levantamiento de embargo, y son: "a) Cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio Colegiado, o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por Notario. b) Cuando se trate de ejecución despachada contra un obligado cambiario que, en el protesto o requerido de pago notarialmente o en acto de conciliación antes de iniciarse el juicio ejecutivo, no hubiera negado categóricamente la autenticidad de su firma en la letra, o no hubiera alegado la falta absoluta de representación. c) Cuando el obligado cambiario hubiere reconocido su firma judicialmente o en documento público". (art. 68,3 L.C. y CH.)

Según el citado autor, con dichas modificaciones se consigue prácticamente que el juicio ejecutivo se convierta en un juicio declarativo abreviado.

Tal como se indicó en el capítulo I, para el ejercicio de la acción de regreso, salvo contra el librador, se hace necesario el levantamiento del protesto o acreditar el impago por medio de la declaración de equivalencia, según lo indica el art. 146:

"El tenedor podrá ejercer su acción de regreso contra los endosantes, el librador y los demás obligados cuando, presentado el cheque en tiempo hábil (art.135), no fuera pagado, siempre que la falta de pago se acredite por alguno de los medios siguientes: a) protesto notarial, b) declaración del librado..., declaración fechada de una Cámara o sistema de compensación... El tenedor conserva sus derechos contra el librador, aunque el cheque no se haya presentado oportunamente o no se haya levantado el protesto

o realizado la declaración equivalente.." [19].

La acción de regreso podrá ejercitarse contra los endosantes de cheques, siempre que sean a la orden, nominativos sin tal cláusula o al portador transmitidos por endoso, es decir, no podrá ejercitarse dicha acción, cuando sean cheques nominativos directos (no a la orden), o sea, de cesión común de no circulación cambiaria; y cuando sean al portador por simple transmisión, o sea, por tradición del documento. [20]

Aunque según el art. 151,2 L.C y CH. "Todo endosante que haya reembolsado un cheque podrá tachar su endoso y los de los endosantes subsiguientes", con lo cual podrá accionar a su vez contra el librador en vía de regreso o por las extracambiarias.

En cuanto al aspecto procesal, hay que tener presente los requisitos de carácter general que señala el art. 1435 L.E.C. que dice: "Sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida que exceda de 50.000 ptas."

Si bien cabe aclarar que dicha cantidad mínima puede estar formada por varios conceptos, según lo indica el art. 149 L.C. y CH. al decir: "El tenedor puede reclamar de aquel contra quien se ejecita su acción. 1) El importe del cheque no pagado. 2) Los réditos de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del cheque calculados al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos. 3) Los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones. 4) El 10 por 100 del importe no cubierto del cheque y la indemnización de los daños y perjuicios a que se refiere el último párrafo del art. 108...."

Añadiéndose además, que siempre será posible para superar dicho mínimo, el basar dicha ejecución en varios documentos de la misma naturaleza de importe inferior, es decir, la adición de varios títulos (art. 1435 párrafo tercero).

En cuanto a la prescripción, la Ley Cambiaria en su art. 157 nos dice: "Las acciones que corresponden al tenedor contra los endosantes, el librador y los demás obligados prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación. Las acciones que corresponden entre sí a los diversos obligados al pago de un cheque prescriben a los seis meses a contar desde el día en que el obligado ha reembolsado el cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él".

¹⁹ Según el art. 147. Son aplicable al cheque las disposiciones de los arts. 51 al 56 sobre el protesto de letras.

²⁰ En cuyos casos se regularán por las acciones de Derecho civil común o las extracambiarias

Finalmente añadir, que cuando por ausencia de algún requisito cambiario, fiscal [21] o procesal, la acción cambiaria de regreso no pueda ejercitarse, quedará abierta la posibilidad de la acción ordinaria en el juicio declarativo correspondiente, según la cuantía de la reclamación (verbal, cognición, menor cuantía, mayor cuantía), en aplicación de las acciones extracambiarias que a continuación veremos.

2) Acciones Extracambiarias

Según se indica en la sentencia del Tribunal Supremo 9-12-83 (Civil), al no ejercitarse la acción cambiaria de regreso, sino las ordinarias o extracambiarias, en este caso el cheque sólo constituye una prueba documental acreditativa de la existencia del negocio causal subyacente, es decir, ya no es el título del cual dinamiza la acción, por lo que es intrascendente que se hayan omitido alguno de los requisitos formales de dicho documento.

En nuestro ordenamiento jurídico, dentro de las acciones ordinarias o extracambiarias tenemos la:

a) **La causal.** Tal como indica BALDO DEL CASTAÑO [22], la emisión de un cheque presupone la existencia de un negocio previo entre quien lo emite y su tomador, es decir, la existencia de un negocio subyacente o causal.

En nuestro sistema jurídico español, la acción causal se encuentra regulada en el art. 1170 del Cód. Civil, ya que el art. 65 de la L.C. y CH. sólo efectúa una mención de la misma sin entrar a regularla.

Efectivamente, es en los párrafos 2 y 3 del art. 1170 C.C. donde se hace una referencia concreta a las deudas pecunarias: "La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado".

"Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso". En este sentido se expresó la S.T.S. 3-10-88, al decir que la entrega de un cheque impagado no entraña la cancelación o el pago de la deuda primitiva; por lo cual no vemos el porque de tanto empeño para proteger penalmente el cheque en descubierto, pues como hemos visto en el capítulo IV, el cheque en si, socialmente vale la confianza que tenga el tenedor tenga

²¹ Según hemos visto en el cap. I, epíg. VI 2,b)

²² Vicente Baldo del Castaño y Jose M. Calavia Molinero: "El Cheque"; editorial Praxis; página 338.

al librador.

Como puede observarse, la entrega de un cheque no extingue la acción causal, solamente la paraliza hasta tanto el documento sea eficaz, es decir, sea satisfecho, por lo que la acción causal queda suspendida, pues en caso de impago, el tenedor podrá optar entre utilizar esta acción causal en vía ordinaria, o la cambiaria en vía ejecutiva.

Aunque por lo general, dicha acción quedará en suspenso hasta que la acción cambiaria desaparezca, así como el no haber llegado a buen fin la misma a causa de la admisión de alguna excepción de los arts. 66 a 68 en relación con el art. 153 L.C.CH

En resumen, el tenedor podrá ejercitar la acción causal contra el librador, avalistas, o los endosantes que hubiesen, tanto en caso de impago del cheque, como por la prescripción o pérdida de la acción cambiaria, siempre que aun exista la deuda clara esta.

Aunque para su ejercicio será obligatorio el empleo de los procedimientos ordinarios, ya que por vía ejecutiva no es posible, según el párrafo tercero del art. 154 L.E.Civil. [23]

Cabe aclarar que con el empleo de la acción causal, no entran en juego con la misma las indemnizaciones que se prevén en el art. 149 L.C. y CH., es decir, sólo se puede reclamar el importe del cheque, aunque si los daños y perjuicios, además de las costas procesales.

Finalmente señalar, que la prescripción de las acciones causales mercantiles se basarán en los supuestos que enumera el art. 944 del Cód. de Comercio [24], si bien las acciones causales civiles se regirán por las reglas del art. 1973 Cód. Civil [25]. Su distinción estará basada en la clase del negocio subyacente que exista dentro de la relación contractual habida.

²³ Que dice: "Cuando con arreglo a la Ley, deben de ventilizarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza".

²⁴ Art. 944: "La prescripción se interrumpirá por la demanda u otro cualquier género de interpelación judicial hecha al deudor; por el reconocimiento de las obligaciones, o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor..."

²⁵ Art. 1973: "La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor".

b) **El enriquecimiento injusto.** Tal como hemos visto más arriba, la obligación cambiaria puede extinguirse por la omisión de los actos exigidos por la ley para que se conserven los derechos que derivan del cheque o por la prescripción de sus acciones, en cuyo caso el tenedor que haya perdido la acción cambiaria frente a los obligados por el título, y no pudiera ejercer las acciones causales contra ellos, podrá dirigirse contra el librador, avalista, o endosantes, exigiéndoles el pago de la cantidad con que se hubieren enriquecido indebidamente en perjuicio suyo naturalmente.

Dicha acción surge a tenor del Aneo II de la Convención de Ginebra, en observancia de la reserva prevista en su art. 15, el cual contempla como supuesto excepcional y subordinado a la necesidad de que "el portador haya perdido la acción cambiaria contra los coobligados y no tenga contra éstos la acción causal".

En nuestra legislación, y en el caso del cheque, es el art. 153,2 de la L.C. y CH. donde se hace remisión a otro artículo para la regulación del tema, al decir: "Igualmente será de aplicación al tenedor del cheque lo previsto en el art. 65 de esta Ley para el caso de pérdida de las acciones causales y cambiarias".

Siendo pues el art. 65 de la L.C. y CH. el que regula la acción del enriquecimiento injusto, diciendo: "Cuando el tenedor hubiere perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no pudiera ejercitar acciones causales contra ellos, podrá dirigirse contra el librador, el aceptante o un endosante, exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustado en su perjuicio, como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la ley para la conservación de los derechos que derivan del título".

"La acción de enriquecimiento a favor del tenedor prescribe a los tres años de haberse extinguido la acción cambiaria", o sea, en el caso del cheque en descubierto a los tres años y seis meses desde la expiración del plazo de presentación. [26]

Como hemos visto, todos los obligados son los relacionados en el art. 146, por lo cual se confirma el carácter subsidiario de esta acción con respecto de la cambiaria de regreso, y alternativa con respecto de la causal, ya que no es preciso la prescripción de ésta última.

El enriquecimiento puede ser positivo o negativo, según se corresponda con una adquisición o un ahorro determinado, por

²⁶ Para ampliación tema ver F. Vicent Chulia: "Compendio crítico de Derecho Mercantil" tomo II, ed. Bosch, pág. 742/3

haber dejado de desembolsar lo que se debió de pagar.

En resumen, para poderse ejercitar esta acción será necesario la pérdida de las acciones cambiarias, aunque no de las causales de existan. Y al igual que las acciones causales, habrá de ejercerse mediante un procedimiento declarativo dirigido contra alguno de los obligados cambiarios, por un importe que no necesariamente deberá de ser el del cheque impagado, ni comprende las indemnizaciones del art. 149 L.C.y CH.. Aunque a diferencia de la causal, si podrá dirigirse contra quien no tuvo una relación causal con el actor.

3) Nueva Filosofía Bancaria

Si por la Ley Cambiaria y la Jurisprudencia penal [27] se entiende que el cheque es un documento que sirve como medio de pago, por el cual se expresa un "mandato puro y simple de pagar una suma determinada en pesetas o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial".

Parece lógico pensar que para aumentar la credibilidad de dicho documento, y con ello la seguridad del tráfico mercantil, tanto se tendría que exigir "formalidad" al librador, como al propio librado, ya que es éste último el único que tiene la postestad de crear el formato de tales documentos en favor de sus clientes. [28]

Efectivamente, también debería de existir una cierta responsabilidad por parte de los Bancos y Cajas, cuando de una forma "ligera" y a veces un tanto "irresponsable" entregan talonarios de cheques a algunos de sus clientes que evidentemente son insolventes, o efectúan un uso indebido del cheque; así como tomar unas ciertas medidas cautelares a la hora de abrir cuentas corrientes a nuevos clientes, de los cuales no tengan antecedentes o sean de poca solvencia y/o moralidad.

Sería necesario un buen sistema que evitase esto, como por ejemplo el exigir una cantidad mínima de saldo medio en la cuenta corriente (o cuentas de pasivo) del cliente para poderle entregar talonarios de cheques, o la observancia de cierto periodo de funcionamiento de la cuenta y cantidades de ingresos, etc.

²⁷ Según art. 106,2 L.C.CH. y sentencias Trib. Supremo 26-3 y 28-11-86, 30-4 y 4-12-87, 2-2 y 24-10-88 entre otras

²⁸ Según se expresa en el art. 108,1 L.C.CH.: "El cheque ha de librarse contra un Banco o Entidad de crédito que tenga fondos a disposición del librador, y de conformidad con un acuerdo expreso o tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheques aquellos fondos..."

Así como llevar un registro de los cheques que sean devueltos de cada respectivo cliente, con la cláusula de que a partir de una determinada cantidad de devoluciones en un periodo determinado de tiempo, dicho/s talonario/s quedasen bloqueados por un periodo concreto, tanto más largo cuando más reincidente sea el cliente en emitir cheques sin fondos.

También el incluir en el R.A.I. los cheques impagados ayudaría a detectar a los usuarios conflictivos, cosa que ahora no se hace; o llevar un Registro Central de ellos a partir de una determinada cantidad, al objeto de detectar los clientes insolventes en el empleo del cheque, al objeto de ser marginados comercialmente.

Por lo que sería conveniente la creación de un sistema de consulta directa por parte de los comerciantes, por el cual les dijese si un cheque es conforme o no, o al menos la vigencia efectiva del talonario, es decir, una información financiera que detectase a los clientes morosos.

Otra medida podría ser dar una mayor divulgación de los cheques garantizados [27] o refrendados por los Bancos y Cajas; así como el empleo de los cheques 4B (cheques asociados con una tarjeta de crédito, similar al Eurocheque); o el empleo de cheques "oro" respaldados por cuentas de pasivo de cierto nivel.

En este sentido también se expresa LLOBELL MUEDRA al decir: "Restringir las excesivas facilidades actuales en la disponibilidad de talonarios de cheques, las cuales podrían consistir: a) en crear diversas clases de talonarios de cheques, con el efecto de que cada clase limitase la disponibilidad de fondos por talón hasta cierta cantidad, pudiendo existir una clase de disponibilidad ilimitada; b) en exigir distintas garantías de solvencia en los titulares de los talonarios, según su clase; c) en precisar una disponibilidad mínima normal de dinero depositado o de crédito concedido, según clase de talonario, tanto para la entrega inicial como para la renovación del mismo, de forma que si durante un cierto periodo de tiempo, normalmente breve, faltaba la cobertura adecuada en la cuenta corriente, quedase anulado el talonario de cheques, con la obligación de restituirlo a la entidad bancaria frente a tomadores de buena fe, cuando se incumplan por la misma los requisitos legalmente fijados" [30]

Para comprender mejor estas afirmaciones, obsérvese la mecánica bancaria que se emplea en la concesión de las tarjetas de crédito, a fin de promover la divulgación de este medio de

²⁷ Ver capítulo I, epígrafe 3,2,c)

³⁰ Llobell Muedra: "El delito de cheque en descubierto" p5

pago, y garantizar a la vez la seguridad del tráfico:

- 1) No son otorgadas a cualquier cliente.
- 2) Se establecen unas categorías o clases en función del nivel económico del cliente.
- 3) El Banco o Caja siempre tiene la potestad de dar de baja la tarjeta o retirarlas momentaneamente de la circulación.
- 4) La Entidad emisora o el Sistema siempre garantizan una cantidad minima de seguridad por cada operación.
- 5) Se pone a disposición de los tenedores un sistema directo para consulta o comprobación de la validez y vigencia de las tarjetas.
- 6) Además de una serie de ventajas que trae consigo el trabajar con "dinero electrónico" (disponibilidad, seguridad, etc.) [31].

Como puede observarse, antes de llegar a la vía penal para proteger la seguridad del tráfico mercantil, cuando interesa si se emplean otros medios de control, y que a la postre divulgan la utilización de dichos medios de pago.

En conclusión: No todos los cheques en descubierto por si sólo son causa de infracciones tan graves que atenten contra la convivencia humana, por los cuales tenga que ampliarse el catálogo de delitos dentro del Código penal [32], y en caso de serlo, por su importe o por su finalidad existe otros remedios más eficaces, y menos bruscos que el Derecho penal, como las medidas cautelares previas antes a puntadas, o la supresión del uso del talonarios de cheques a ciertos clientes.

Pudiéndose afirmar con RUIZ VADILLO [33] que: "No creo que la emisión de un cheque sin fondos la contradiga con tal intensidad (refiriéndose a la convivencia humana). Pueden y deben buscarse medidas correctoras, pero de naturaleza privada: señalar una especie de cláusula por vía legislativa frente al impago, que prohíba el utilizar en el futuro el sistema de cuenta corriente para los que reincidan...pero no su protección en el campo penal,

³¹ Para ampliación ver F. Vicent Chulia: "Compendio Crítico de Derecho Mercantil" tomo II; editorial Bosch; página 812 y sgtes.

³² Sin entrar en juego el concurso de delitos que hemos visto en el capítulo V epigrafe 4)

³³ E. Ruiz Vadillo; "Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de emisión de cheque en descubierto" Revista G.D. pág. 456

que puede incluso degenerar en muy peligrosos chantajes..." [34]

Por otra parte, con el delito de cheque en descubierto del art. 563 bis-b, como hemos visto durante el desarrollo de toda la tesis, se está incumpliendo uno de los principios básicos del Derecho penal, como es el proporcionalidad y última "ratio", ya que con ello se puede etiquetar a un comerciante o a una persona normal de "delincuente", con las consecuencias sociales negativas que ello puede acarrear, cuando en realidad lo que ha hecho es incumplir una obligación contractual, incluso muchas veces de una forma inconsciente o fortuita, cuya base jurídica lógicamente debe estar en la Ley Civil o Mercantil, al igual que no pagar una letra o un pagaré sin ánimo de defraudar.

También porque en muchas ocasiones, el atenderse un cheque o no por parte del librado (Banco o Caja), dependerá con el actual tráfico bancario de los libradores (comerciantes, empresarios, particulares, etc.), de un cierto factor de "suerte", aunque cada vez menos con los actuales sistemas informáticos de la Banca.

Finalmente téngase en cuenta, que España en la actualidad forma parte del proyecto de unificación monetaria y política de Europa, en la que cada vez más existirán unos flujos y movimientos de capitales, mercancías y personas de un lugar a otro, por lo cual tiene que dejarse de pretéritos fundamentos sociológicos, y pasar de lleno dentro de la esfera de los Estados modernos. Así como por la fuerte competencia bancaria que se avecina, ya que con medidas parecidas a las que he señalado más arriba, se conseguiría una menor incidencia en el progresivo descrédito de este medio de pago en nuestra Nación, y en consecuencia de su uso mercantil, ya que en los principales países europeos el cheque está considerado como una gran institución, sin necesidad de recurrir a la ley penal para el caso del simple impago.

En definitiva, optar por una filosofía bancaria "preventiva" basada en la informática y el análisis, en vez de la cada vez menos "represiva" actual, de modos y formas de tiempos pasados.

Esperamos pues, que con la reforma del futuro Código penal, se tengan en cuenta algunas de las consideraciones que se van exponiendo en la presente tesis, para al menos racionalizar y adecuar a los tiempos actuales la tipicidad de dicho delito, ya que en nuestra opinión, su tipicidad no hubiese tenido que haber salido nunca de dentro de la esfera de las falsificaciones, defraudaciones o estafas, por los razonamientos que hemos visto en el capítulo V, epígrafe IV.

34 E. Ruiz Vadiello; Revista Gñral. de Derecho 1972, p. 449

III) REGULACION NO PENAL EN OTRAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS

Tal como hemos visto en el capítulo I epígrafe 3,1), a pesar de los sucesivos intentos de penalizar la emisión de cheques sin fondos [³⁵], y en especial dentro de la Ley Uniforme de Ginebra de 1931, nunca ha habido un consenso suficiente para ello, ya que tal como se apuntaba, no existía ni existe unanimidad sobre su regulación penal a nivel internacional, dejando a cada Estado miembro la potestad de sanción sobre el tema.

Con lo cual, se han creado en el mundo jurídico dos regulaciones paralelas sobre la protección del cheque en descubierto: la de los del sistema de Ginebra; y los del sistema Anglo-americano [³⁶].

El primer grupo se caracteriza, como indica V. BALDO [³⁷], por su formalismo, el librador es siempre garante, los cortos plazos para la presentación al cobro, la irrevocabilidad del pago, etc. Habiendo países que emplean la protección penal.

En el segundo, se destaca según dicho autor, la flexibilidad en el formalismo, no se señala plazo para la presentación al cobro, puede revocarse la orden de pago, el cheque no puede ser

³⁵ A. Quintano Ripolles, idem, pág. 779: "No es menos significativo que en el orden internancional, siempre que se ha suscitado el tema de la incriminación de las irregularidades formales en materia de cheques, han sido rechazadas las propuestas en tal sentido. Lo que sucedió en la Conferencia de La Haya de 1912, en la Reglamentación Uniforme de Estocolmo de 1927, y en el Proyecto del Comité de Péritos de Sdad. de Naciones 1928.

³⁶ Como Australia, en concreto el Estado de New South Wales (Nueva Gales del Sur). En N.S.W. la entrega de un cheque en descubierto como una forma de pago esta considerada como un fraude. Para penalizar los delitos en dicho Estado existe la "Crimes Act 1900 N.40 de 1987". La acción legal que procede ante un cheque sin fondos es la demanda judicial contra el librador; dependiendo de la cantidad el caso se llevará a un juzgado de primera instancia si la cantidad es menor de 1.000.000 ptas, a la audiencia territorial si la cantidad es superior a 1.000.000 ptas e inferior a 10.000.000 ptas., y a su Tribunal Supremo si la cantidad es superior a los 10.000.000 ptas. Por lo cual la utilización del cheque como medio de pago es muy frecuente ya que practicamente se garantiza el cobro del mismo (Fuente: el representante oficial de la oficina de BANESTO en Sydney -Gracias)

³⁷ Vicente Baldó del Castaño y José Manuel Calavia Molinero: "El Cheque, estudio sistemático de la Ley del Cheque de 16 de julio de 1.985", página 18, editorial Praxis SA.

pagado por parte, el cheque puede ser aceptado. No existiendo la penalización del cheque en descubierto como un delito autónomo.

Es de resaltar que dentro del grupo del sistema de Ginebra, en algunos países tampoco existe tal delito autónomo, y en otros con ciertos matices, tal como veremos más adelante.

En lo que respecta a nuestra Nación, existe una evidente contradicción, ya que por una parte, en el año 1986 nos hemos adherido a la Ley Uniforme de Ginebra, optando con mucha anterioridad (reforma del 63 y remodelación del 71) a la regulación penal del tema y como delito autónomo, y por otra, España esta acogida al Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del 19-12-66, instrumentado el 13-04-77 (BOE 30-04-77), estando desarrollado según los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En dicho tratado en su artículo 11 se dice: "Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

Lo cual está de acorde con algunas sentencias del Tribunal Supremo, como las del 29-10-66; 02-11-74; 28-11-86, etc., Sala de lo penal, en las que se reconoce la abolición del principio de "prisión por deudas". En este mismo sentido también se expresa gran parte de la doctrina [38].

Como hemos visto en el capítulo IV, epígrafe IV), el cheque en descubierto puede ser causa de perjuicio patrimonial o no, en el primer caso, sus dos formas (dolosa o culposa) pueden englobarse perfectamente dentro de las defraudaciones, estafas, o apropiaciones indebidas; y en el segundo tal como hemos visto dentro de las falsedades.

Pues en caso contrario, no deja de ser un simple incumplimiento de una obligación contractual entre partes [39], obligaciones cuya regulación no debería de salir de la esfera mercantil o civil.

Por lo que debe entenderse [40], en virtud del principio de legalidad del art. 9,3 de la Constitución en relación con el art.

38 Como en numerosos escritos dicen: Muñoz Conde; Quintero Olivares; Bajo Fernandez; Arturo Majada; T.S. Vivés Antón; Stampa Braun; etc. etc.

39 Libro IV "De las Obligaciones y Contratos", Código Civil

40 En este sentido Tomás S. Vives Antón (y otros) "Derecho Penal" P.E.; editorial Tirant lo Blanch, pág. 978

10,3 y el 18,1 de dicha Ley Suprema, que la aplicación del art. 11 del Tratado de Nueva York de 1966 (de rango superior a la ley interna) derogó toda regulación penal de éste tipo de delito penalizado de una forma autónoma. Es decir, por la simple seguridad del tráfico mercantil, ya que no hay ningún precepto constitucional que lo garantice, en cambio si se exige el cumplimiento de los Tratados, según art. 93,p2 Constitución.

Veamos pues a continuación, como en algunas Naciones Extranjeras, que a la postre son de las más desarrolladas económicamente, no existe la penalización del cheque sin fondos.

1) En Inglaterra

En la Legislación inglesa, actualmente existe la "Cheques Act, 17 July 1957", por la que se enmienda la Ley relacionada con los cheques y a ciertos otros instrumentos (giros). En Inglaterra no existe la regulación penal del cheque, salvo como una forma de estafa (swindle).

Tal Acta consta de una parte dedicada a la Protección de los Banqueros que pagan cheques endosados o endosos irregulares, la cual exonera de responsabilidad a los mismos si cumplen con las normas que allí se especifican.

También se regulan los Derechos de los Banqueros que pagan cheques no endosados por los tenedores, considerando que los mismos tienen los mismos derechos que en los endosos en blanco.

Además se regula la Protección de los Banqueros que efectúan los pagos de los cheques (en general), siempre que se efectúen de buena fe por parte del banquero y sin dinero. Quedando excluidos de tal sección, lo que hayan sido negligentes por razón de su falta de pago.

Dicha ley (acta) vino a anular las "The Bills of Exchange, Amendment Act, 1932" y la "The Bills of Exchange (Crossed Cheques) Act, 1906"; permaneciendo en vigor la clásica "The Bills of Exchange Act, 1882" (Acta de Letra de Cambio), y la "The Revenue Act, 1883", menos sus secciones 82 y 17 respectivamente, sobre cheques cruzados. Así como establece la aplicación de la misma en el Norte de Irlanda.

En la Acta de Letra de Cambio de 1882, en su sección 73, se define al cheque, diciendo, es: "una letra de cambio librada contra un banquero y pagadera a la vista" ("A cheque is a bill of exchange drawn on a banker, payable on demand"). [⁴¹]

⁴¹ En Doctionary of Banking (Inglaterra), página 133

En definitiva, el cheque es una orden incondicional contra un banquero, al objeto de poder retirar fondos el librador (drawer) de la misma, en su provecho o de un tercero.

Según esta sección 73, el cheque se diferencia de la letra de cambio en los siguientes puntos:

-No requiere aceptación (it does not require acceptance). Al contrario que en los Estados Unidos que es una cosa muy común.

-Se gira a cargo de un banquero, dicho banquero esta protegido por un duplicado del cheque.

-El librado (drawee) es el que tiene que pagarlo aunque exista retraso en la presentación.

-Es un documento pagadero a la vista.

-Un cheque no puede ser pagado en parte (a cheque cannot be paid in part).

-En caso de muerte del beneficiario o tenedor (holder), el librador ya no esta obligado a pagar el cheque, ni a su herederos

En dicha legislación, no se fija de un modo concreto el plazo en el cual ha de presentarse el cheque al cobro, limitándose a exigir que sea dentro de un plazo razonable, que puede oscilar entre seis meses o un año, después del cual el banquero puede reusar el pago del mismo. [42].

Se recomienda que los cheques se extiendan de forma manuscrita a bolígrafo (no a lápiz), debiéndose de escribir en palabras claras y concisas, en impresos normalizados. En caso contrario, las consecuencias de tales negligencias caen sólo sobre la parte culpable, principalmente el cliente.

Actualmente los cheques pueden extenderse por cualquier cantidad, incluso por un penique. De haber discrepancia entre la cantidad expresa en letra y en números, prevalecerá la primera.

Los cheques extendidos en moneda extranjera, para su cobro, deberán de efectuarse el correspondiente cambio actual a libras esterlinas, no se pagan en la moneda extranjera expresada [43].

Cuando un cheque es presentado al cobro, y el banquero niegue su pago, el tenedor debe de dar aviso de ello (notice of

⁴² A. Majada, idem, pág. 22

⁴³ En definitiva como en España, se efectua una liquidación por el contravalor de la moneda extranjera, enviándose el cheque al corresponsal de la Banca correspondiente en el extranjero

dishonour) a todas las personas obligadas por razón del documento, la parte a quien no se haga esta notificación queda liberada de su responsabilidad en cuanto al cheque.

El protesto de los cheques por falta de pago, sólo es necesario a los efectos de conservar la acción contra el librador y endosante, cuando el documento haya sido librado en el extranjero, cuando sean cheques interiores o nacionales no se precisa este requisito, y es potestativo en el tenedor de protestarlos o no (sección 51, 1 y 2) [44].

En cuanto a los efectos de la frase "no negociable" añadida al cruzamiento, que establece la sección 81 de la The Bills of Exchange Act, 1882, la cual tiene como finalidad evitar que si el cheque ha sido sustraído a su legítimo dueño, no pueda endosarse.

Por ello el 17 October 1957 surge la Cheques Act, por la cual el procedimiento declarado o presentado, se aplicará:

- 1) El endoso no es necesario en los siguientes casos: a) Cheques pagados para el crédito del ingresante de otra sucursal. b) Cheques pagados para créditos de cuenta conjunta o cuenta asociada, siempre que el que ingrese sea un tenedor de la cuenta.
- 2) El endoso seguirá siendo necesario en los casos siguientes: a) Cheques de Caja o ventanilla. b) Negociación de cheques. c) Cheques pagaderos por cotitulares. d) Letras de Cambio y Pagarés.
- 3) Se relacionan una serie de instrumentos mercantiles que por la presente Acta se requieran los mismos endosos que antes.
- 4) Trata de cheques combinados y formato de recibos.

Finalmente, el impuesto de timbre o pólizas del cheque, fueron abolidas por el Acta de Finanzas de 1970, que entró en vigor el 1 de febrero de 1971.

En cuanto a las Tarjetas de Crédito (cheque cards), surgió para acreditar los clientes solventes de los Bancos Británicos en 1965, a fin de facilitar a los tenedores de cheques de caja hasta una cantidad máxima de 30 Libras, en cualquier las sucursales de los Bancos británicos o irlandeses, siendo usadas para pagos de terceros, como hoteles, establecimientos, etc., siempre que fuesen cumplidas las siguientes condiciones:

- a) El cheque debe de ser firmado en presencia del tenedor.
- b) La firma del librador debe de ser igual a la de la tarjeta.

44 A. Majada, idem, pág. 22

- c) El cheque debe de ser regulamente librado según el Banco.
- d) El cheque debe de ser expedido antes de caducar la tarjeta.
- e) El núm. de la tarjeta debe de escribirse al reversa del cheque

En julio de 1969 se estandarizó el formato de las tarjetas de crédito. El 3-7-1972, al objeto de evitar el uso fraudulento de las tarjetas, se limitó la extracción de dinero a una sola vez al día, si hubiese que sacar dinero más de una vez al día, se requiere telefonar a la sucursal emisora de la tarjeta [45]

2) En Alemania

Para éste país el Derecho cambiario se codificó por primera vez en el Reglamento General de Letras de Cambio alemán, que fue aceptado como Ley del Reich en Frankfurt A.M. en una asamblea nacional el 24 de noviembre de 1848. [46]

Ya que no se llegó a constituir el Reich todavía, se tuvo que introducir el Reglamento en todos los Estados alemanes como ley federativa. Hasta 1934 fue ley rigurosa en el Deutsche Reich y en Austria, después de ser declarado como ley de la federación de Alemania del Norte en 1869 y como ley del Reich en 1871 después de la constitución del Reich.

Como consecuencia del aumento del comercio mundial se intentó en 1912 en la Conferencia del Derecho Cambiario de LaHaya unificar el derecho cambiario de todos los países. Sin embargo, las decisiones tomadas allí no se hicieron ley a causa del estallido de la guerra de 1914.

Tan solo en la Conferencia del Derecho Cambiario en Génova el 30 junio de 1930 se produjo la firma de los tres Acuerdos Genoveses para la unificación del derecho cambiario, la cual formaba la base de un nuevo concepto del derecho cambiario en la mayoría de los Estados participantes.

En Alemania se proclamó la Ley de la Letra de Cambio del 21 junio de 1933 en el boletín oficial del Reich del 29 junio de 1933 y entró en vigor el 1 de abril de 1934. La mayoría del continente Europeo, inclusive la URSS, adaptó sus leyes del derecho cambiario según el Acuerdo Genovés.

⁴⁵ Datos facilitados en inglés el 6-11-89 por la Representación oficial de BANESTO en Londres. Mi agradecimiento

⁴⁶ Según Introducción del libro "Wechsel- un Scheckgesetz" (Ley de Letra de Cambio y Ley del Cheque) de los profesores Drs. Ph. Möhring y Hch. Rittershausen, de Frankfurt, página 7

Por otra parte (según hemos dicho en otro lugar) no se adhirieron a los Acuerdos Generales los EEUU, ni los países de la Commonwealth Británico, aunque si lo hicieron otros países no-europeos sudamericanos, y de una forma especial el Japón.

A pesar de las leyes "uniformes", existen diferencias entre los países que firmaron el Acuerdo General en sus leyes del derecho cambiario, porque en Génova se estipuló, que aunque los países harían sus leyes según la muestra genovesa, tendrían el derecho de construir sus leyes manteniendo en cierta medida su ley antigua.

El uso del cheque en Alemania no se extendió hasta los años 80 del siglo pasado, después de que el banco del Reich había introducido el tráfico de liquidación de cuentas. El derecho del cheque se codificó en Alemania por primera vez por medio de la Ley del Reich del 11 de marzo de 1908.

Anteriormente el tráfico de cheques estaba comprendido en el derecho no-escrito, que se parecía mucho al tráfico de cheque en Inglaterra, que es el país de origen del tráfico moderno de cheques.

También para el cheque muy pronto, después de la entrada en vigor de la ley del 11 marzo 1908, se sentía la necesidad de una unificación de las bases legales. Así que después de algunos intentos fracasados en la Conferencia del Derecho del Cheque se firmaron (como he dicho antes) tres Acuerdos para la unificación del derecho del cheque en Génova el 19 marzo de 1931, sobre cuyas bases la mayoría de los países comerciales mundiales originaron en los años siguientes leyes de cheque unificados en los puntos básicos.

Según una definición del cheque de GÜNTER ASHAUER [47] en el derecho alemán: "El cheque es un documento con el cual el librador asigna incondicionalmente al librado una institución de crédito (o una oficina de correos), de pagarle a la vista una suma determinada de dinero". (Der Scheck ist eine Urkunde, in welcher der Aussteller den Bezogenen, ein Kreditinstitut (oder ein Postgiroamt), unbedingt anweist, bei Sicht eine bestimmte Geldsumme zu zahlen).

En Alemania el 1 de abril de 1934 entró en vigor la Ley del Cheque del 14 de agosto de 1933 "Scheckgesetz" (RGBl, I, S. 597) [48], junto con la nueva Ley del Derecho Cambiario. De la cual

⁴⁷ Günter Ashauer: "Wechsel- und Scheckrecht", pág. 76

⁴⁸ Así como posteriores modificaciones: a) Gesetz (ley) zur Änderung des Scheckgesetzes vom 28-3-1934 (RGBl, I, S. 251); b) Gesetz (ley) vom 10-8-1965 (BGBl, I, S. 753).

señalaré a continuación unas breves notas.

En sus artículos 1 y 2 se especifican una serie de requisitos para la validez del cheque; en los artículos 5 y 6 se detallan las formas de poderse emitir el cheque; etc., al igual que la Ley Uniforme de Ginebra y el resto de las Legislaciones afines.

En Alemania no se regula penalmente el cheque en descubierto como un delito penal especial, si no es como alguna forma de estafa, fraude, falsedad, etc. En cambio si existe un Convenio del cheque entre las Organizaciones centrales del crédito, el Deubche Bundeabank, y Correos, que fue revisado el 1 de octubre de 1982.

El cheque impagado debe de devolverse por los Bancos (el librado llamado: Bezogene) no más tarde del día después (24 horas) de su presentación al primer lugar de cobro.

Si el importe del cheque es superior a 2.000 marcos (DM), hay que notificar por medio de telex, telefak, teléfono o telegrama, etc. al primer lugar de cobro, el cual transmite la noticia de impago al emisor del cheque. Se suele cobrar de 5 marcos a 10 marcos por la gestión, y hay también derecho a cobrar intereses (en caso de impago). [49]

El protesto está regulado en los arts. 40 y 41 de la Ley mencionada del 1933, existiendo dos modos de recurso: 1) Por medio de escritura pública (protesto); 2) Por una anotación bancaria que mencione obligatoriamente: a) la fecha de presentación, b) el motivo de no poderlo cobrar, c) y firmado debidamente [50]

En la práctica solamente se usa el segundo método (la anotación), y se tiene que hacer antes de que termine el plazo de presentación. El cual según el art. 29 es de 8 días para dentro del país; 20 días para otros países europeos o a orillas de Mediterraneo; y 70 días desde otro continente. [51]

El propietario del cheque, o sea, el tenedor (Inhaber), según el art. 45, debe de notificar a sus endosantes, tal como ocurre con las letras de cambio, el impago del cheque dentro de los plazos legales.

49 Günter Ashauer, idem, pág. 95

50 Estas normas están en vigor tanto para el cheque como para la letra de cambio.

51 Günter Ashauer, página 87

Según el artículo 52: "Los derechos de recurso del propietario (tenedor) del cheque contra los endosantes, el emisor (el librador llamado el alemán: scheckaussteller / aussteller), y los demás que tengan obligaciones para con el cheque, caducan a los seis (6) meses desde la expiración del plazo de presentación"

El pleito de cheques, al igual que el pleito de la letra de cambio es un "proceso documental", por eso la demanda judicial tiene que ir acompañada del cheque. Al contrario de un proceso civil "normal" el pleito del cheque tiene alguna particularidad

- 1) Tienen lugar también en el periodo de vacaciones: 15-7 al 15-9
- 2) El plazo de presentación en el juzgado es de 24 horas a 1 semana. Sin protesto o anotación no se pueden hacer los recursos legales, aunque existen excepciones. [52]

3) En Suiza

En el Código penal Suizo del 21 diciembre de 1937, no se contempla la figura delictiva de la emisión de cheque en descubierto, pero si la estafa.

Efectivamente, en su art. 148 se regula las infracciones contra los derechos pecunarios y la estafa (Infraktions contre les droits pécunieres. Escroquerie), el cual dice: " 1) Aquel que, en el intento de procurarse o de procurar a un tercero un enriquecimiento ilegítimo, haya inducido astutamente a error a una persona con afirmaciones falaces o por la disimulación de hechos ciertos, o haya explotado astutamente el error en que se encontraba una persona y haya de este modo determinado a la víctima a realizar actos perjudiciales para sus intereses pecunarios o los de un tercero, será castigado con reclusión por cinco años o más o al emprisionamiento".

"2) La pena será la reclusión por diez años o más y multa, si el delincuente hace de la estafa un oficio".

"3) La estafa cometida en perjuicio de parientes o familiares, no será perseguida más que si hay demanda (es decir, a instancia de parte)".

En consecuencia, el delito de cheque en descubierto de una forma autónoma no existe en Suiza, siendo considerado como una especie de estafa, la cual atenta contra el patrimonio [53].

⁵² Datos facilitados en alemán el 11-89 por la Representación de BANESTO en Frankfurt. Mi agradecimiento

⁵³ En relación con otras defraudaciones, como la obtención fraudulenta de una prestación art. 151. Actos perjudiciales a los intereses pecunarios RO 93 71 JT 1968 15, Ro 96 190 JT 1972 7, etc

No obstante el cheque como un instrumento mercantil, está regulado en el Código de las Obligaciones (code des obligations) del 30 de marzo de 1911 [54], el cual es una Ley federal complementaria del Código civil suizo del 3 de marzo de 1905, cuyo predecesor fue el Código federal de 1881.

En dicho Cód. de las obligaciones, en su capítulo V se habla del cheque, en cuanto a la creación y a su forma, al decir en su art. 1100: "El cheque contiene: 1) La denominación de el cheque insertada en el mismo texto de el título y expresada en la lengua empleada para la redacción de este título.

"2) El mandato puro y simple de pagar una suma determinada.

"3) El nombre de el que tiene que pagar (el librado).

"4) La indicación del sitio o lugar donde se tiene que efectuar el pago (paiement).

"5) La indicación de la fecha y del lugar del cheque.

"6) La firma de él que ha emitido el cheque" [55].

En su art. 1101 se especifican una serie de casos, que aun faltando algún requisito el cheque es igualmente convalidado, pues según se dice: "1) El título en el que una de las enunciaciones indicadas en el artículo precedente faltara, no vale como cheque, salvo en los casos determinados por los párrafos siguientes:

"2) Por falta de indicación especial, el lugar designado al lado del nombre del librado será considerado el lugar del pago.

"3) Sin ningún lugar está indicado, el cheque es pagable al lugar donde el librado tiene su establecimiento principal.

"4) El cheque sin indicación del lugar de su creación es considerado como suscrito en el lugar designado al lado del nombre del librado. [56]

El art. 1102 hace una distinción entre cheque y la simple asignación, por el cual el cheque tiene que estar girado

⁵⁴ Editado por la Cancillería federal en 1988

⁵⁵ Como puede observarse, nuestro art. 106 de la Ley Cambiaria de 1985, se asemeja mucho al artículo 1100 Suizo

⁵⁶ Idem art. 107 de nuestra Ley Cambiaria 85

obligatoriamente contra un banquero [57].

Pero el artículo que realmente afecta la nuestra cuestión es el 1103, el cual hace referencia a la **provisión previa**, al decir:

"1) El cheque no puede ser emitido más que si el librador tiene fondos a su disposición en el establecimiento del librado y de conformidad a una convención, expresa o tácita, según la cual el librador tiene el derecho de disponer de esos fondos por cheque. Sin embargo, en caso de inobservancia de estas prescripciones, la validez del título como cheque no se alcanza.

"2) Cuando el librador no pueda disponer más que de una provisión parcial en el establecimiento del librado, éste último está obligado a entregar el importe.

"3) El librador que emita un cheque sin tener la provisión en el establecimiento del librado por la suma indicada, debe al portador el 5 por ciento del importe no cubierto del cheque, aparte de la reparación del daño causado". [58]

En el capítulo VI de dicho Código, se especifican los "Recursos por falta de pago" (*Du recours faute de paiement*), en concreto el art. 1128 trata de los "derechos del portador" (*droits du porteur*), al decir: "El portador (o tenedor) podrá ejercer sus recursos contra los endosantes, el librador y los otros obligados, si el cheque es presentado en tiempo hábil, y no es pagado, siendo el reusode pago constante:

"1) Sea por un acto auténtico (protesto).

"2) Sea por una declaración del pagador, fechada y escrita sobre el cheque con la indicación del día de la presentación.

"3) Sea por una declaración fechada de una cámara de compensación, constatando que el cheque ha sido remesado en tiempo hábil y el cual no ha sido pagado".

Así mismo en el art 1130 trata de la extensión que comprende el recurso, abarcando: al importe del cheque; a los intereses señalados en un seis por ciento; a partir de la fecha de presentación; a los gastos de protesto; y a un derecho de comisión de un tercio por ciento.

⁵⁷ Lo cual puede ser la base de nuestro art. 108 que dice: "El cheque ha de librarse contra un Banco o Entidad de crédito.."

⁵⁸ Del Código de las Obligaciones, pág. 319/331. Tales criterios también están de nuestro art. 108 Ley Cambiaria, cuya base de todo lo anterior están en la Ley Uniforme de Ginebra 1931

Con todo ello quiero señalar, que el cheque en descubierto en Suiza, a pesar de no estar tipificado como delito de una forma autónoma, si existen unos mecanismos mercantiles que garantizan suficientemente la seguridad del tráfico mercantil, es más en dicha Nación existe un mecanismo extrajudicial o de arbitraje que hace del mismo un modelo de eficacia en este tema.

Como es el "Procedimiento de cobro de deuda y concursal en Suiza" (Schuldenbetriebs- und Konkursgesetz) del año 1889; siendo esta ley complementada por edictos posteriores. Estando actualmente en revisión, para adaptarla a la vida económica moderna [57].

Este procedimiento privado de cobro, puede realizarse sin que la pretensión sea clarificada judicialmente, siempre que el deudor mismo lo permita.

La intención del legislador era la de posibilitar a las partes interesadas, el proceder sin la ayuda de representantes legales. Para los requerimientos del acreedor, existen los correspondientes impresos oficiales, que pueden obtenerse en las oficinas públicas que desempeñan las funciones de oficio en el procedimiento. Asimismo se utilizan otros impresos oficiales

En principio los costos van a cargo del deudor, siempre que el procedimiento haya sido iniciado justificadamente; sin embargo es el acreedor quien tiene que adelantarlos.

El procedimiento nunca se inicia de oficio, siempre es el acreedor el que dirige a la oficina su requerimiento de pago. En cuanto la oficina competente haya recibido el requerimiento del acreedor, el funcionario remitirá al deudor el mandamiento de pago en el plazo previsto por la ley (20 días).

El deudor ha de pagar en dicho plazo, o bien interponer oposición al procedimiento dentro de los 10 días. En el caso de que el deudor no pague o no interponga oposición dentro de los plazos mencionados, el acreedor puede proseguir el procedimiento.

Interponiendo oposición (rechtsvorschlag). el deudor interrumpe el procedimiento. La oposición se elimina o bien incoando un pleito civil por la vía ordinaria (judicial), o bien por medio de la llamada "apertura de derecho" (rechtsöffnung).

La oficina no tiene ninguna capacidad de decisión sobre la legitimidad de la presentación, por lo que el acreedor tiene que procurarse una sentencia ejecutable si verdaderamente el deudor

⁵⁷ En revista "Noticias del Comercio", boletín editado por la Cámara de Comercio Hispano-Suiza, núm. 6-7/89 (diciembre). autor: Dra. Elena Bannwart-Maurer (Vicepresidenta de la Cámara)

le debe la cantidad reclamada en el procedimiento. Una vez conseguido esto, el acreedor posee un título ejecutivo, que le faculta a proseguir el procedimiento.

Si el acreedor ya disponía de una sentencia ejecutable antes de iniciarlo, podrá solicitar ante el juez la eliminación de la oposición, exhibiendo la sentencia, es decir, que obtendrá la "apertura de derecho" definitiva y podrá proseguir el procedimiento.

La base del procedimiento es el mandamiento de pago por parte de la oficina. Si el deudor no ha interpuesto oposición, o bien esta ha sido eliminada por una sentencia judicial o por la "apertura de derecho", el acreedor podrá proseguirlo dentro de los plazos legales, presentando una solicitud de proseguimiento para la que también existe un impreso oficial. Una vez presentada la solicitud, la oficina decide si el procedimiento se proseguirá por la vía de embargo o por la vía concursal (si es comerciante).

También existe la Ley Federal del 11-4-1889, sobre la diligencia por deudas y la quiebra, referente al procedimiento acelerado por deudas en el caso de efectos de cambio. [40]

4) En Francia

En el territorio galo, ya en la Ley de 20 de junio de 1865 se sancionaba el libramiento de cheques sin provisión previa, aunque la estructura que presentaba era propia de la estafa, según el art. 405 de su Código penal, al requerirse la "mise en scène" de las maniobras fraudulentas concretas.

Por ello, como lo indica QUINTANO RIPOLLES [41], con la ley 2 de agosto de 1917, se elevó a la categoría de delito la simple emisión de cheque en descubierto, pensando que así se incrementaría el prestigio de dicho instrumento de pago.

Más tarde, con la ley de 12 de agosto de 1926, se amplió la incriminación a los libramientos con fondos insuficientes, la retirada de fondos y su bloqueo; y en las leyes de 30 octubre 1935 y 24 de mayo de 1938, se extendieron las responsabilidades criminales a la recepción voluntaria del cheque no provisionado.

Incluso se crearon nuevas agravaciones con las leyes 17 de noviembre de 1941, 18 de agosto de 1948 y 28 de noviembre de 1955, aplicándose esta última incluso a los cheques postales.

⁴⁰ Datos facilitados por la Representación oficial de BANESTO en Suiza. Mi gratitud especial a D. Eduardo Cariñena

⁴¹ A Quintano Ripolles "Tratado parte especial D.F." pág 776

Como puede observarse, Francia fue un país donde la protección del cheque en descubierto de una forma autónoma, a gozado de una gran proliferación de normas, de tal manera que fue su sistema un modelo para las Legislaciones Portuguesa, de Argentina, Chilena, Cubana y de otros países de Sudamérica.

Pero lo relevante de su legislación es, el cambio de rumbo que ha experimentado sobre este tema, pues con la Ley del 3 de enero de 1975 se ha instaurado un sistema tendente a privar de talonarios de cheques a las personas las cuales han sido señaladas (marcadas) por incidentes de pago ^[42].

Efectivamente, el régimen de prevención y de represión de las infracciones en materia de cheque, fue muy refundida el 1 de enero de 1976, cuando entraron en vigor las disposiciones de la mencionada Ley núm. 75-4 del 3 de enero de 1975, modificando la ley núm. 72-10 del 3 de enero de 1972 y el decreto núm. 75-903 del 3 de octubre de 1975.

Hasta entonces, los dispositivos de lucha contra los talones (cheques) sin fondos, estaban apoyados sobre bases penales, en las cuales los tribunales represivos podían sólo dar sanciones previstas para los delincuentes; el nuevo sistema comporta disposiciones de naturaleza bancarias (sin olvidar las penales para los casos más graves), las cuales ponen al cargo de los Bancos el de cuidarse en primera "línea de policía" del uso de los cheques. Los poderes públicos ampliaron el papel y la responsabilidad de los Bancos.

La ley les permitía el derecho de negarse a emitir cheques (interdicción bancaria); este sistema debe de aplicarse automáticamente a cualquier titular de una cuenta de la cual un cheque no a podido ser pagado por falta de fondos.

El decreto del 20 de mayo de 1955, ya había fijado las bases de un sistema profesional de prevención, pidiendo a todos los establecimientos bancarios el declarar a la Banca de Francia todas las recusaciones de cheques por insuficiencia de fondos.

Este fichero central de talones que no han sido pagados, fue destinado en un principio para dar informes a los propios Bancos. No obstante, no era una obligación para los mismos el hacerlo, conservando de todas formas la facultad de extender un talonario a personas ya señaladas por emisiones de cheques irregulares.

El desarrollo considerable del número de cheques sin fondos, junto a la elevación del uso de la moneda escriturada, llegó durante el curso de los últimas décadas, a causar una saturación

⁴² En Nota de Información núm 68, de junio 1986 de la Banca Francesa, sobre el Régimen preventivo y represivo del cheque s.f.

de los tribunales. Cuando por otra parte ahora las jurisdicciones penales, igualmente deben de hacer frente al desenvolvimiento de otras formas de delincuencia más grave; el efecto disuasorio que debían de ejercer con la amenaza de sanciones se encontraban "embotellado" (saturado).

Los Poderes Públicos se orientan pues, hacia un dispositivo en lo esencial, para acrecentar el papel y la responsabilidad de los bancos. La ley les confiere en efecto, la misión de realizar una medida de interdicción en la emisión de cheques, la cual se aplicará de una manera automática a todos los titulares de cuentas donde el cheque no sea pagado por causa de no haber efectuado la provisión de fondos.

Por este camino consecuentemente, la acción de la justicia penal, que en principio no debe de aplicarse a los titulares de cuentas simplemente irreflexivos o negligentes (imprudentes), esta se reservará para la sanción de infracciones más graves, pudiendo los tribunales pronunciar una "interdicción judicial" de hacer o emitir cheques durante un periodo de 1 a 5 años.

En fin, la ley y el decreto de aplicación de 1975, confirman y extienden el papel de la Banca Francesa dentro del Fichero Central de Cheques, el cual constituye el punto jamás conocido de convergencia y difusión de todas las informaciones relativas a los libradores de cheques sin provisión de fondos.

Al final de un periodo de aplicación de una decena de años, los Poderes Públicos en unión con la profesión Bancaria, se ha estimado que ello hace necesario crear un marco de conservación de las disposiciones legales existentes, para aportar aquellos arreglos a este último para hacer un intento de clarificar y simplificar el mismo, ya que posiblemente es una legislación demasiado compleja y generalmente mal conocida de los titulares de las cuentas. Tal vez este fue el objeto del decreto núm. 86-78 del 10 enero de 1986.

En consecuencia, es sobre los banqueros en quienes reposa el **sistema de prevención** de las infracciones en materia de cheques, por ello se ha creado una serie de disposiciones de obligado cumplimiento:

a) Disposiciones para la apertura de cuentas y otorgar talonarios

El banquero tiene que verificar la identidad y la dirección del cliente, el cual tiene que presentar un documento oficial.

Antes de otorgar un primer talonarios de cheques a sus nuevos clientes, el banquero tiene que consultar con el Fichero Central de la Banca de Francia, al objeto de saber si el cliente esta bajo una interdicción para emitir cheques o no.

Es decir, el hecho de ser titular de una cuenta corriente, no da de ninguna manera al mismo, el derecho automático a un talonario. Para una mayor seguridad del uso del cheque, la ley obliga a los Bancos a indicar sobre los propios cheques la dirección del titular de la cuenta.

b) Interdicción bancaria de emitir cheques

El establecimiento que se niege en pagar un talón por falta de fondos suficientes, debe de mandar una carta de orden terminante a su cliente, para prohibirle de emitir cheques durante un año, y de restituir a todos los Bancos donde sea cliente, los talonarios que estén en su posesión o sea mandatario

Si la cuenta es colectiva, la carta será destinada a cada uno de los cotitulares. Dicha carta se mandará tanto si la cuenta ya esta cerrada, como si el titular ya está bajo de otra anterior interdicción bancaria o judicial.

La buena fe del cliente no puede ser tenida en consideración por el banquero, el mandato de la carta se impone rigurosamente. No obstante, si es el primer incidente desde un año el interesado puede escapar a la interdicción pagando el talón, o constituyendo la provisión antes de 30 días.

La facultad de regularización puede ofrecerse una vez al año para la misma cuenta. Cuando las condiciones de regularización han sido realizadas, el titular volverá a tener el derecho de emitir cheques. A la expiración del plazo de regularización, el banquero tiene que dar los datos con una simple carta al titular sobre cual es su situación.

Toda emisión de cheques hecha con menosprecio de la interdicción, constituye una infracción posible de las penas de las estafas, aunque el cheque que demore el legítimo control del derecho civil, este regulamente provisionado y se pague a su presentación [43].

Por ello es evidente, que el banquero debe de abstenerse de dar al su cliente, durante todo el periodo de aplicación de la medida de interdicción, otras fórmulas (talonarios) de cheques.

El no respeto por los Bancos de sus obligaciones marcadas, pueden acarrearles sanciones penales, así como responsabilidades civiles.

Entre las primeras pueden ser las penas de multa a la oposición del banquero, por ejemplo cuando indica una provisión de fondos inferior a la provisión existente y disponible.

⁴³ Nota de Información núm 69 6/86 Banca de Francia, pág. 4

Entre las segundas pueden ser la obligación de pagar todos los cheques emitidos por un cliente en formularios (cheques) que los banqueros tenían la obligación de no haber permitido su emisión.

Además, incluso sin tener culpa alguna, la ley les obliga a pagar todos los cheques de un montante igual o inferior a 100 FF por los que la provisión aparecida a la cuenta sea inferior.

Los Bancos son los únicos responsables de sus declaraciones, la Banca de Francia no tiene ningún poder de apreciación. Entonces no puede anular un incidente sobre la petición de un declarante. No dispone tampoco de ningún poder para intervenir en los litigios que puedan surgir entre el banquero y su cliente.

Por eso la diferencia con la interdicción judicial es, que ésta se pronuncia después de una instrucción judicial que permite determinar con precisión la responsabilidad de la infracción.

La interdicción judicial es más personalizada y puede intervenir en hipótesis más variadas que con la interdicción bancaria que tiene un carácter automático.

En 1985 la Banca de Francia registró 3.380.000 declaraciones de incidentes de pago. Las preguntas de los bancos al fichero central de cheques se ha desarrollado considerablemente de 7.400.000 en 1977 a 17.800.000 en 1985.

Existen tres sistemas para poder consultar el fichero: 1) por carta, cuyo plazo de respuesta es de 48 horas; 2) por bandas magnéticas, cuya respuesta es a las 24 horas; y 3) por telefax, es la solución más rápida. [44]

5) En Japón

La Ley de Cheques en Japón estaba originalmente incluida en el Código Comercial Japonés, promulgado en el año 32 de Meiji, 1898 de nuestra era.

También se encuentra regulado en el Código Penal, en su sección 37 concerniente a los delitos de fraude, traición y coacción (artículos 246, 247, y 248), que señalaba penas de 5 a 10 años de prisión; o en la sección 38 referentes a delitos de estafa (artículo 252), que señala a sí mismo penas de 5 a 10 de prisión.

El sistema Japonés, en un principio fue influenciado

⁴⁴ Datos facilitados en francés el 23-11-89 por la Representación oficial de BANESTO a París. Mi agradecimiento

fundamentalmente por la legislación francesa, ya que en 1870 con la dirección de Ero Shimpei, comenzó la codificación de la Ley civil japonesa, bajo la influencia del Código civil francés, e incluso con el asesoramiento de juristas franceses.

Posteriormente, la Ley 57 de Showa, promulgada el 28 de julio de 1933 (Law on Bills - Law on Cheques of Japan) se redactó en concordancia con lo suscrito por el Japón en un Convenio internacional con los países de la Europa occidental.

Dicha Ley está basada en la Ley Uniforme de Ginebra, ya que en su articulado se señalan los mismos o parecidos requisitos del cheque que a los de las legislaciones europeas. Veamos algunos:

Artículo 1: "Un cheque contiene: 1) El término de cheque insertado en el cuerpo del instrumento y expresado en el lenguaje empleado para redactar el instrumento (documento). 2) Es una orden incondicional para pagar una determinada suma de dinero. 3) El nombre de la persona a quien hay que pagar. 4) Un informe (relación, declaración) del lugar donde el pago debe ser hecho. 5) Un informe de la fecha y del lugar donde el cheque es redactado. 6) La firma de la persona que redacta el cheque".

Artículo 2 (falta de requisitos): "Un instrumento en el cual alguno de los requisitos mencionados en el artículo precedente esta ausente, es inválido como cheque, excepto en los casos especificados en los siguientes párrafos. 2) En la ausencia de mención especial, el lugar especificado junto al nombre del librado es considerado para ser el lugar de pago. Si varios lugares son nombrados junto al nombre del librado, el cheque es pagable en el primer lugar nombrado. 3) En ausencia de estos informes y de alguna otra indicación, el cheque es pagable en el lugar donde es redactado. 4) Un cheque el cual no especifica el lugar en el cual fue redactado es considerado haber sido redactado en el lugar especificado junto al nombre del redactor".

Artículo 3 (cheque conformado): "Un cheque debe ser redactado sobre un banquero poseyendo valores (en provisión de fondos) a la disposición del redactor al momento (al tiempo) de la presentación del mismo, y en conformidad con un acuerdo expreso o implícito, por donde el redactor es autorizado para disponer de esos fondos por cheque. Sin embargo, si estas disposiciones no son cumplidas, el instrumento (cheque) es todavía válido como un cheque".

Artículo 4 (prohibición de aceptación): "Un cheque no puede ser aceptado. Un informe (cláusula) de aceptación sobre un cheque será desatendido (no válida)".

Artículo 5 (indicación de pago): "Un cheque puede ser hecho pagable. a) A una específica persona, con o sin la expresa cláusula 'a la orden'. b) A una específica persona con las palabras no a la

orden' opalabras equivalentes. c) Al portador".

Artículo 6: "Un cheque puede ser redactado a la propia orden del redactor. 2) Un cheque puede ser redactado por cuenta de una tercera persona. 3) Un cheque puede ser redactado sobre el mismo redactor".

Artículo 7 (estipulación sobre intereses): "Alguna estipulación concerniente a intereses la cual pueda ser incorporada en el cheque, será desatendida".

Artículo 28 (pago a la vista): "Un cheque es pagadero a la vista. Alguna estipulación contraria será desatendida. 2) Un cheque presentado para pago antes de la fecha establecida como la fechade emisión, es pagadero el día de presentación".

Artículo 29 (tiempo límite para la presentación al pago): "Un cheque pagadero en el país en el cual fue extendido debe de ser presentado dentro de los 10 días. 2) Un cheque emitido en otro país que ese en el cual es pagable, debe de ser presentado dentro de un periodo de 20 días o de 70, según si el lugar de emisión y el lugar de pago están situados en el mismo continente o en diferente continente. 3) Para los propósitos del presente párrafo, cheques emitidos en un país europeo y pagaderos en un país bordenado el Mediterraneo o viceversa, son tenidos como emitidos y pagados en el mismo continente. 4) La fecha para los cuales los arriba mencionados periodos de tiempo empezará a correr, será la fecha formulada en los cheques como la fecha de emisión".

Artículo 34 (pago parcial): "El librado que paga un cheque puede requerir que le sea entregado por el tenedor. 2) El tenedor no puede rehusar el pago parcial. 3) En caso de pago parcial, el librado puede requerir que el pago parcial será menciónado en el cheque y que le será dado un recibo".

Artículo 39 (requisitos del recurso): "El tenedor puede ejercer su derecho de recurso contra los endosantes, el redactor y las otras partes responsables, si el cheque es presentado en el debido tiempo y no es pagado, y si la negativa a pagar es demostrada. 1) Por un medio forma (protesto). 2) Por una declaración fechada y escrita por ellibrado en el cheque y especificando el día de la presentación. 3) Por una declaración fechada y hecha por una c'mara de compensación, manifestando que el cheque ha sidolibrado enel debido tiempo y no ha sido pagado".

Artículo 40 (tiempo límite para efectuar el protesto, etc): "El protesto o declaración de equivalencia debe ser hecho antes de la expiración del límite del tiempo para la presentación. 2) Si el cheque es presentado el último día del límite del tiempo, el protesto debe de ser redactado o la declaración de equivalencia hecha el primer día hábil siguiente". etc. etc. etc.

El cheque en Japón no empieza a ser usado por sus ciudadanos hasta 1960, ya que generalmente hablando los individuos usan principalmente dinero en efectivo para efectuar pagos pequeños por sus compras, servicios, etc., por lo que el uso del cheque esta poco arraigado en dicha nación.

Un número de factores podrían ser mencionados para justificar el lento uso y progreso del cheque, entre ellos la sustitución por el sistema "preautorizado del saldo deudores" y el "sistema de tarjetas de crédito". [65]

Efectivamente, los individuos pagan sus servicios como electricidad, gas ciudad, servicio de agua, teléfono, etc. por medio del sistema "preautorizado" de pago directo. Dicho sistema que nosotros llamamos de domiciliaciones, es utilizado por más de la mitad de los clientes o usuarios. Este sistema también ha sido introducido para el pago de impuestos y primas de seguros, etc.

En Japón, un individuo que quiera transferir fondos a alguien en un lugar lejano, por lo general va a su banco y entrega dinero o da una orden de giro de su cuenta corriente para transferir en la cuenta del beneficiario. Generalmente él no extenderá un cheque y lo enviará por correo al tenedor, como por ejemplo puede ser dado en Estados Unidos. [66]

El sistema de giros por Correos para pequeños pagos, también es utilizado para distintos lugares del país. Cuando un individuo cliente de un Banco necesita dinero durante un viaje, él puede sacar por caja el dinero de sus cuentas de depósito, a través de las diversas sucursales del Banco que es cliente, o sacar dinero de los cajeros automáticos de otros Bancos afiliados.

Las tarjetas de crédito, después del dinero efectivo, es el sistema de pago más utilizado. A los ciudadanos de "a pie" no se le abren generalmente cuentas corrientes que son las que facilitan los talonarios de cheques y propician su uso.

Los créditos promisorios (pagarés), son empleados principalmente para comprar existencias, mientras que los cheques son usados principalmente para el pago diario. La diferencia básica entre créditos promisorios y cheques es, que mientras que los cheques son pagados a la vista, los pagarés son pagados usualmente al término de un mes o de tres meses.

El tenedor puede endosar el pagaré y usarlo antes de su vencimiento para pagar a otra empresa. Además cuando el tenedor

⁶⁵ Traducido de la obra "Banking System in Japan", 1984 (9 edition) capítulo IV: Sistema de Pagos; página 62.

⁶⁶ Idem obra citada, pág. 62

llega a necesitar fondos, él puede pedir a una institución financiera que le anticipé el pagaré. Los pagarés así anticipados son llamados pagarés anticipados, que son una forma muy extendida de préstamo en el Japón [67].

A lo anterior hemos de añadir, que tanto los cheques como los giros que son generalmente empleados para pagos entre empresas, se compensan a través de sistemas interbancarios, cámaras de compensación locales, o por el "Domesic Funds Transfer System", y que los bancos están solamente autorizados a aceptar los cheques y giros que se ha ajustado a un formato estandarizado, según normas establecidas por la Federación de Asociaciones de Banqueros de Japón.

Esta medida concede a los instrumentos un gran grado de fiabilidad y ha sido un gran paso para promocionar la automatización del sistema de compensación. Además el hecho de que el Japón tenga un sistema único de "Suspensión de Transacciones", por el que los bancos asociados con una determinada cámara de compensación, imponen una congelación de dos años a las transacciones bancarias de un individuo o corporación que emitan un cheque o letra de cambio impagados dos veces durante seis meses, hace que las medidas disuasorias sean de más contenido que las represivas. [68]

En 1983 un total de 418 millones de cuentas y cheques equivalentes a 1.913.958 billones de yens, fueron liquidados bajo este sistema, sin necesidad de la creación de ningún tipo delito especial o autónomo, como el cheque en descubierto. [69]

6) En Estados Unidos

La primera regulación legal del cheque en Norteamérica, data de la Ley del Instrumento Negociable del Estado de Nueva York de 1887 de clara influencia Inglesa (B. of E. Act de 1882).

En el sistema bancario americano, el cheque constituye una verdadera institución, habiéndose convertido en una auténtica "forma de dinero", pues fieles a la tendencia anglosajona sobre la materia, sus formalismos se reducen a lo mínimo, ya que incluso pueden formalizarse en una hoja de papel a falta de talonario de cheque; los cuales carecen de numeración; no caducan

67 Idem obra citada, pág. 63

68 Según explicaciones de José Bazán Coruña (Representante)

69 Datos facilitados en inglés el 11-11-89 por la Representación Oficial de BANESTO en Tokio. Mi agradecimiento en especial a D. José Bazán (director de la oficina).

por el transcurso del tiempo; siendo muy frecuente los cheques impresos por reconocidas empresas, cuyas firmas pueden ser impresas; también los cheques pueden ser aceptados por los banqueros, cosa que no es posible en otras legislaciones.

Los cheques una vez pagados por los bancos, son enviados a sus clientes con una relación o plantilla, la cual es devuelta con la conformidad de los titulares de la cuenta o anotando sus observaciones, permaneciendo en poder de los bancos un microfilm de los mismos.

En dicha confederación de Estados, en general el libramiento de cheques sin provisión de fondos se considera como una estafa (cheat) realizada mediante pretextos falsos (false pretences) [70]. Es decir, que más que la seguridad del tráfico mercantil, lo que se incrimina es la lesión a la fe pública [71].

En algunos Estados miembros como: Arizona; Ohio; Illinois; Utah; Kansas, etc, en el ejercicio de sus facultades constitucionales, se penaliza el libramiento de cheques en descubierto como un delito especial [72].

No obstante, en Estados Unidos existe el Código Comercial Uniforme de 1962, donde en el capítulo 673, artículo 3 se resume el contenido del mismo: 1) Título abreviado (definiciones conceptos), de su forma, y de su interpretación; 2) Transferencia y la negociación; 3) Los derechos de portador o tenedor; 4) Obligación o compromiso entre las partes; 5) Presentación, del aviso de impago y del protesto; 6) Del descargo; 7) Forma de sacar dinero a nivel internacional, y 8) Miscelanea. De los que analizaremos algunos:

Parte 1), dentro de las formas e instrumentos negociables a través de los bancos se especifican cuatro: La letra de cambio (draft o bill of exchange); el cheque (check); el certificado de depósito (certificate of deposit); y el billete, promesa o pagaré

El cheque esta definido como una "letra de cambio o factura de intercambio de un banco y pagable a petición" (a check if it is draft drawn on a bank and payable on demand) [73]

⁷⁰ Según indica E. Cuello Calón: "La Protección penal del Cheque"; editorial Bosch; página 27

⁷¹ A. Majada, idem, pág. 24

⁷² E. Cuello Calón, idem, pág. 23

⁷³ En Capítulo 673 del Código Comercial Uniforme (Uniform commercial Code: commercial paper) de 1962 USA; página 675

En el apartado 673.120 se habla también de los instrumentos pagables a través de banco, diciendo que el banco designado debe de actuar como banco colector para poder presentar el cheque, pero no de por si autoriza (obliga) al banco a que pague el instrumento (el cheque u otro cualquiera de los señalados).

Parte 3) En la misma se trata de los derechos del portador (301); del portador en curso debido (302); recibir cosas por su valor (303); aviso de compradores (304); derechos del portador de curso legal (305); derechos de un portador de no curso legal (306); carga de establecer firmas, defensas, y curso debido (307)

En el apartado 673.301 se dice: El portador de un instrumento, sea o no sea el dueño, puede negociarlo o transferirlo, y excepto que se indique otra cosa, puede o bien decir que no quiere cobrarlo, o fuerza a que éste se pague a su propio nombre.

En el apartado 673.305 se dice: Que hasta el punto que un portador es un portador en curso debido, él coje el instrumento libre de: 1) Todo tipo de reclamaciones hacia él por parte de cualquier persona. 2) Que todas las defensas de cualquier parte hacia el instrumento con quien el portador ha tratado, señalando unas excepciones (la infancia, las incapacidades, coacción, etc)

Parte 4). En el apartado 673.401 se dice: Ninguna persona es responsable de un instrumento (documento), al menos que su firma aparesca allí. Una firma es hecha en uso de algún nombre en relación con algún negocio o por alguna palabra o marca usada en lugar de la firma escrita.

En el apartado 673.411 en el punto 1 dice: La certificación de un cheque es la aceptación. Cuando un portador acompaña una certificación, el que firmó el cheque y todos los que antes del portador han firmado detrás transfiriéndolo a otra persona van detrás de él (es decir, es una relación que se crea entre el portador y el Banco emisor que le garantiza que va a cobrarlo). En el punto 2: A menos que se acuerde de otra manera un Banco no tiene obligación de certificar un cheque.

En el apartado 673.413 trata del contrato de creación, del librador y el portador o tenedor.

Parte 5) En la misma se trata de cuando la presentación, el aviso de impago y el protesto son necesarios o permisible (501); retraso no escusado y descargo del pagador (502); tiempo de la presentación (503); forma de hacerse la presentación (504); derechos de la parte a la cual se le hace la presentación (505); tiempo que se permite para la aceptación o el impago (506); del impago y del derecho del portador a recurrir y el periodo para hacer una nueva presentación (507); aviso del impago (508); del protesto y aviso del mismo (509); de la evidencia del impago y

aviso del impago (510); cuando es excusada la presentación, el protesto, y el aviso de impago (511).

En el apartado 673.501 se trata: 1) La presentación para la aceptación es necesaria para pedir costos al firmate del cheque y a los que han firmado detrás del mismo, por una suma de dinero para sacar allí donde se preve o es pagable en otro lugar que no sea la residencia o lugar de negocio de la persona que se comprometió a pagar, y su fecha de pago depende de tal presentación. El portador puede a elección suya presentar para la aceptación cualquiera otra retirada de dinero pagable en una fecha establecida. La presentación para el pago es necesaria para cobrarle a cualquiera de los que han firmado detrás del cheque. El no hacer la presentación descarga al firmate de su obligación

2) A menos que sea excusado. El aviso de cualquier impago es necesario para ir a cobrar a cualquiera de los que han firmado detrás del cheque. El no hacer el aviso descarga al obligado.

3) A menos que sea excusado. El protesto de cualquier impago es necesario para cobrar al librador y cualquier de los firmantes del dorso, de cualquier retirada de dinero pagable fuera de los Estados Unidos. El portador a elección suya puede hacer el protesto de cualquier impago, y en caso de una retirada de dinero en el extranjero, puede en el caso de insolvencia del aceptador, antes del vencimiento hacer un protesto para una mayor seguridad.

4) A pesar de las previsiones de esta sección, ni la presentación, ni el aviso de impago, ni el protesto son necesarios para cobrarle a cualquiera de los que han firmado detrás después del vencimiento.

En el apartado 673.503 se trata: 2) Del tiempo razonable para la presentación del pago, el cual se determinará mediante la naturaleza del instrumento (documento), los usos bancarios y los hechos del caso particular. En el caso de un cheque no certificado que es extendido y pagable dentro de los Estados Unidos y que no es una retirada de dinero por un Banco, los casos siguientes se presumen que son razonable: a) Con respecto de la obligación del librador, 30 días después de la fecha o de la emisión, cualquiera que sea la más tardana de las dos. b) Con respecto de la obligación de uno de los que firman detrás, 7 días después de haber firmado.

En el apartado 673.507 se trata del impago: 1) Un instrumento se dice que es impagado cuando: a) Una presentación necesaria opcional se ha hecho debidamente y la aceptación o pago debido es reusado, o no puede ser obtenido dentro del tiempo prescrito, y en caso de recogidas bancarias el instrumento se ha devuelto oportunamente antes de la fecha límite. b) La presentación es excusada y el instrumento no es debidamente aceptado o pagado.

2) Sujeto a cualquier aviso de impago y protesto necesarios, el portador tienen sobre el impago un derecho inmediato de recurso contra los libradores o los que han firmado detrás. 3) La devolución de un instrumento por carencia de unas firmas adecuadas detrás no es impago.

En el apartado 673.508 se trata de la noticia de impago: 1) El aviso de impago puede ser dado a cualquier persona que pueda estar obligada en virtud del instrumento y en defensa del portador. En adición a esto, un banco en cuyo poder el instrumento no es pagado, puede dar aviso a la persona que manda, o el cliente, o a otro banco desde el cual el instrumento fue recibido. 2) Un aviso necesario debe de ser dado por un banco antes de su fecha límite de la media noche y por cualquier otra persona antes de la media noche del tercer día hábil después del impago o del recibo del aviso de impago. 3) El aviso puede ser dado de cualquier forma razonable, puede ser oral o escrito.

En el apartado 673.509 se trata del protesto y de su anotación: 1) Un protesto es un certificado deshonor (impago) hecho y sellado por un consul o viceconsul de los Estados Unidos o un notario público, u otra persona autorizada para certificar el impago habido según la ley del lugar donde ello ocurre. 2) El protesto debe identificar el instrumento y certificar o que la presentación ha sido hecha, así como por la razón porque ella es excusada, o que el instrumento ha sido deshonorado por la no aceptación o por el impago. 3) El protesto puede también certificar que el aviso de impago ha sido dado a todas las partes. 4) Sometido a la subsección 5, algún necesario protesto es debido por el tiempo que avisa del impago habido. 5) Si antes de que el protesto sea debido, un instrumento ha sido anotado para protesto por el magistrado para hacer protesto, el protesto puede ser hecho algún tiempo después como de la fecha de anotación.

Como puede observarse, en Estados Unidos el sistema mercantil y bancario está bastante uniformizado, salvo el Estado de Florida, que al parecer es un paraíso fiscal. [74] Es una lástima el no tener datos suficientes sobre la regulación penal de algunos Estados Americanos que así lo regulan, pues tenemos constancia que también desde 1962 existe el "Model Penal Code", que incluye con respecto del cheque bancario con garantía de tarjeta de crédito algunas regulaciones, pero en general y como se observa por el capítulo 673 del Código Comercial Uniforme, las leyes mercantiles y bancarias son más que suficientes para proteger los intereses de las partes afectadas en la emisión de cheques en descubierto.

⁷⁴ Datos facilitados en inglés el 11-89 por la Representación de BANESTO en Miami (Florida). Mi agradecimiento. Lamentamos que la de Nueva York no lo hubiera efectuado.

CAPITULO NOVENO

REGULACION ALTERNATIVA O SUPRESION DEL ART. 563 BIS-B

REGULACION ALTERNATIVA O SUPRESION DEL ART. 563 BIS-B

Siempre que queramos ser coherentes y responsables con nuestros pensamientos y actos, el tomar una decisión o postura final ante cualquier tema no nos será una labor fácil.

Ante dicho dilema, basicamente existen dos posturas, los que deciden optar por los caminos o corrientes ya definidas por otros, y los que eligen buscar caminos o soluciones nuevas.

En el caso concreto del tema de nuestra tesis, observamos que ya anteriormente han habido otros autores que se han definido con unas soluciones determinadas.

Asi tenemos el Proyecto de reforma de Código penal de 1980, en donde el camino a seguir o sus propuestas fueron el reformar el art. 563 bis-b, en base a corregir los defectos manifiestos del mismo, como la clara exigencia del dolo en su tipicidad, o el trasladar la consumación del delito al momento de su presentación al cobro, y no como la fecha de consignación de ahora, también el reconocer expresamente que dentro de su responsabilidad civil se incluye el importe del cheque, etc.

Por otra parte, en el Anteproyecto de 1983 se despenalizó el delito de cheque en descubierto sin más cuestión colateral o subyacente, se argumentó que la estafa era suficiente para proteger no al medio de pago, sino el patrimonio en general.

Y la postura actual, la de seguir con las cosas como están y mantener el art. 563 bis-b tal cual, con sus contradicciones doctrinales, jurisprudenciales, e incluso entre Leyes.

En cambio, los que optamos por buscar una solución nueva ante las tres posturas señaladas anteriormente, tenemos la dificultad añadida de tener que apoyar nuestras tesis con argumentos diferentes, capaces de superar la críticas lógicas que tal novedad aporta.

Para ello seguidamente voy a desarrollar unas conclusiones básicas de cada epigrafe tratado, al objeto de afirmar todas las hipótesis de trabajo planteadas; seguidamente voy realizar una especie de análisis de cada capítulo, a fin de sacar las ideas principales, que debidamente engarzadas entre si nos darán la respuesta final para poder formular en óptimas condiciones una propuesta alternativa de reforma del delito de cheque en descubierto, y en consecuencia la supresión del art. 563 bis-b.

Teniendo en cuenta, que en una época postindustrial como la actual, los "medios de pago" cada día se informatizarán más y mejor, por lo que en nuestra propuesta debemos de dejar la puerta abierta al futuro.

I) CONCLUSION DE CADA EPIGRAFE TRATADO

A continuación voy a exponer cada una de las conclusiones personales a que he llegado, en referencia a cada uno de los epígrafes que he ido desarrollando en la presente tesis, al objeto de afirmar aquellas hipótesis jurídicas planteadas, las cuales una vez razonadas y probadas debidamente, habrán de ser útiles para el desarrollo de nuestra disciplina, y en concreto, sobre un tema tan polémico como es la penalización del cheque en descubierto como delito autónomo.

1) Método de investigación empleado

Hemos visto que según sea el tipo de trabajo a desarrollar, las fuentes de información y los métodos de investigación serán diferentes, en función de los medios disponibles.

Personalmente parto del convencimiento de que el investigador novato, no puede permitirse el lujo de exponer grandes teorías o innovaciones, pues la especialidad y la autoridad en una materia, ha de venir tras largos años de investigación y de dedicación a una rama concreta, una tesis es sólo un prólogo de ello.

Para un trabajo como el de la presente tesis, siendo un análisis de Derecho positivo, las fuentes de información han sido básicamente los Libros: tanto referentes a los Códigos, como a la Jurisprudencia; así como los escritos Doctrinales.

Mi método ha sido la búsqueda de la razón y de la lógica, en definitiva de la "verdad objetiva" si es que existe, moviéndome entre lo genérico que es la parte general del Derecho penal, y lo concreto de la parte especial en referencia al art. 563 bis-b.

Hallar el punto de equilibrio, a veces no ha sido una labor fácil, por ello doy las gracias a quienes me han ayudado en esta tarea, con la esperanza de haberlo conseguido.

2) Principios constitucionales que afectan al art. 563 bis-b

Con este epígrafe hemos querido analizar, si la tipicidad del delito de cheque en descubierto, que data del 15 de noviembre de 1971 (salvo pequeñas reformas posteriores referente al importe de la multa, y párrafo último de remisión a la estafa), cumple con las exigencias de ser un delito que se adapte a los nuevos valores introducidos por la Constitución española de 1985.

Sin olvidar que con la promulgación de la Ley Cambiaria y del Cheque del 16-7-85, la regulación del cheque en descubierto

goza actualmente de una doble protección procesal: la penal, por el simple hecho de librar un cheque sin fondos, retirarlos, o negociarlo a sabiendas de su falta de cobertura; y la mercantil, en base al art. 108 L.C.CH., que contiene una sanción pecuniaria del 10%, etc. Lo cual entendemos podría infringir el principio constitucional "ne bis in idem" (art. 25,1) de ejercitarse a las vez las dos vías procesales existentes.

Además de la posible inconstitucionalidad del art. 563 bis-b en base a los siguientes argumentos:

a) Se infringe el principio de seguridad jurídica, ya que la letra del art. 563 bis-b, no se corresponde en algunos aspectos con la interpretación jurisprudencial que se hace de la misma, como la finalidad del cheque, la postdatación, la naturaleza jurídica del delito, y otros aspectos que hemos visto durante toda la tesis. (Art. 9,3 Constitución).

b) Se infringe la jerarquía normativa, pues España el 13-4-77 suscribió el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, por el cual se prohíbe el encarcelar a nadie por el simple hecho de no poder cumplir una obligación contractual, cosa que se produce al penalizar en el art. 563 bis-b, el simple hecho de emitir un cheque en descubierto. (Arts. 9,3 y 10,2 Constitución).

c) Se infringen los principios de igualdad y presunción de inocencia, al no tratarse por igual a todos los intervinientes del cheque, e incluso se discrimina al librador al mantenerse la forma culposa en su tipicidad. (Arts. 14 y 24,2 Constitución).

d) Se infringe el principio de proporcionalidad, ya que un cheque en descubierto sin ánimo de defraudar sea cual sea su importe, se penaliza con una pena mayor al ser delito, que un cheque en descubierto como medio de una estafa, que se penaliza como falta si su importe es inferior a 30.000 ptas. (Art. 25,2 Constitución)

e) Se infringe el principio de intervención mínima, el cual trae como exigencia la sola protección de bienes jurídicos realmente relevantes y necesarios para una sociedad, no siendo la seguridad del tráfico jurídico mercantil uno de ellos, tal como veremos.

3) El fundamento jurídico mercantil del cheque

El cheque como hemos visto, es un título valor de la clase pecuniaria, aunque junto con él también están el pagaré y la letra de cambio en otros, lo que ya crea una discriminación.

A pesar del debate doctrinal sobre la naturaleza del cheque, hemos de afirmar que éste según la Ley Cambiaria del 85 es un "mandato puro y simple de pagar una suma determinada..", lo cual

no le priva para poderse efectuar a través suyo pagos diferidos (si así lo acuerdan las partes); aunque su regulación mercantil está basada en la idea de ser un instrumento de pago a la vista o corto plazo. Otra cuestión es como cada autor prefiera definir al cheque como documento, resaltando algunas de sus particularidades

Lo que no justifica a nuestro entender, es por qué el Legislador solamente protegió y sigue protegiendo penalmente al cheque, en el caso de librarse o negociarse sin fondos.

4) La función económica del cheque

Por su naturaleza documental y funcionalidad, así como por su regulación mercantil, el cheque es un instrumento muy adecuado para ser un medio de pago rápido, por lo cual dentro de la economía hace la función de "segunda moneda". Aunque nunca podrá reemplazar a los billetes de banco a nivel popular, si puede llegar a suplirla en determinados circuitos financieros y círculos sociales, siempre claro está que siga gozando de una máxima protección penal, por el deshonor que conlleva.

Además de otras ventajas que su empleo representa, como el ahorro de poner en circulación exceso de numerario; evitar riesgos de robos; su fácil camuflaje fiscal; evita la inflación; facilita la liquidación de débitos entre los banqueros y los comerciantes, o ellos entre si, evitando el desembolso de numerario y la circulación de "dinero negro", etc. etc.

Ello ha causado una pugna entre penalistas y mercantilistas, por la cual los primeros han tenido que ceder ante las presiones de los segundos, y de ciertos poderes fácticos financieros, con lo que el Derecho penal ha visto incrementada su tipificación con delitos puramente utópicos, como el art. 563 bis-b.

5) La Ley Cambiaria y del Cheque del 16-7-85

La incorporación de España a la C.E.E. en 1986, fue el motivo esencial (además del cambio de régimen del Estado español) para que nos adhiriésemos a la corriente Europea, sobre la Ley uniforme de Ginebra de 1931 relativa a documentos cambiarios.

Con ello se consigue llenar en nuestra Nación, una laguna legal sobre esta materia, además de hacer innecesaria la protección penal del cheque en descubierto como tal, al reforzar la posición del tenedor o tomador.

Bien es verdad que dicha Ley de Ginebra dejaba a la libre elección de cada Estado firmante, la opción de sancionar penalmente o no la emisión de cheques sin fondos, debido a la falta de convencimiento de la mayoría de las delegaciones para

que tal cosa se incluyera dentro de la Ley uniforme, lo que demuestra que no es algo tan necesario en general.

En resumen, con la Ley Cambiaria del 85, se otorga una mayor flexibilidad a los requisitos de los documentos cambiarios, y en concreto del cheque, se regulan varias de sus formas especiales, así como se adapta su regulación mercantil a la legislación uniforme de Ginebra.

6) Requisitos legales del cheque

Tal como es considerado por la mayoría de la doctrina, existen dos clases de requisitos: los formales y los materiales. Los primeros son necesarios para que exista el propio documento, es decir, sin los mismos huelga hablar del delito de cheque en descubierto, pues el bien documental que lo forma (el cheque) no existe. La falta de los segundos no pruban para que se proteja al documento como tal, es más, su carencia es lo que provoca el poderse ejercitar sus acciones civiles y penales que lo tutelan.

Se discute en que momento habrán de cumplirse todos estos requisitos, si en el momento de la expedición, o en el momento de la presentación. Según la Ley Cambiaria, entendemos que los mismos pueden ser completados hasta la fecha de presentación, pues existe la posibilidad legal de haber cheque incompletos.

Penalmente, con el art. 563 bis-b la cosa cambia, ya que en el mismo se exige y presupone que los requisitos formales y materiales han de existir al momento de la expedición, lo cual no deja de crear ciertos problemas en su aplicación práctica, lo que la jurisprudencia va salvando como puede, como por ejemplo en los temas de la posdatación; la finalidad del cheque, etc.

Por otra parte, la Ley penal no nos habla de provisión de fondos, sino de disponibilidades a favor del librador, concepto mucho más amplio y ambiguo que el de la ley Cambiaria (art. 108), lo cual crear graves problemas para determinar la culpabilidad.

7) Aspectos bancarios y tributarios

Vemos que con la Ley Cambiaria del 85, el plazo legal de cobro de los cheques se amplía de los 5 días del derogado art. 537 C.C., a los 15 días del actual art. 135 LCCH. Así como se pierde la posdatación, ya que el cheque según el art. 134 es pagadero a la vista. No pudiéndose revocar por el librador durante dicho plazo de pago (art. 138 LCCH), lo cual no esta en contradicción con el texto del art. 563 bis-b.

Según el art. 110 LCCH., tanto el librador como el tenedor de un cheque, pueden solicitar del librado para que les preste su

conformidad al mismo, con lo que ya queda suficientemente garantizada su circulación.

Para ello, la Banca ideó desde el año 1980 un sistema de conformidades telefónicas vinculantes, con lo cual existen mecanismo extrapenales para proteger la seguridad del tráfico mercantil en caso de duda. Además de otros que también son operativos, como el sistema de truncamiento (intercambio de cheques por soporte magnético), por lo que un cheque puede saberse si es conforme o no en cuestión de minutos u horas.

Efectivamente, con el actual sistema Bancario y Ley Cambiaria del 85, el tenedor ya goza de una serie de mecanismos de protección, así como las acciones legales cambiarias y civiles (arts. 146 a 153 LCCH), e incluso en el caso de impago parcial, lo que protege suficientemente sus intereses.

Por otra parte ya es factible el llamado protesto sustitutivo o de equivalencia por parte de los librados o cámaras de compensación, por lo que a nuestro entender, se hace innecesario la protección penal del cheque en descubierto como un delito autónomo para proteger la seguridad del tráfico mercantil.

En cambio juzgamos, que la regulación de los timbres móviles en los cheques (Ley Imp. sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados del 30-12-80 y Reglamento del 19-12-81) está desfasada de la realidad actual Bancaria, pues el ser necesarios para poderse ejecutar un cheque a la orden o que cumpla una función de giro, es algo anacrónico con la actual L.E. Civil.

8) Fundamento jurídico penal del delito de cheque en descubierto

Entre los años sesenta/setenta, y seguramente debido a la fuerte expansión económica de aquel entonces, se despertó en nuestro país una fuerte polémica doctrinal entre Cuello Calón y Quintano Ripollés, sobre la conveniencia o no de tipificar penalmente y de una forma autónoma el libramiento de cheques sin fondos. Parece ser que los argumentos de Cuello Calón fueron los que triunfaron en aquella época, ya que sus propuestas pasaron a tomar cuerpo en la Ley penal.

Efectivamente, con la Reforma del Código Penal del 28-3-63 se creó el art. 535 bis, donde se tipificó por primera vez el delito de cheque en descubierto de una forma autónoma, aunque lo fuese parcialmente, en virtud de la Base Trece Ley 79/1961.

Anteriormente siempre se penalizó como una forma de estafa, por entender que el bien jurídico lesionado era el patrimonio individual, y no el colectivo que entonces empezó a crearse.

Con la Ley 44/1971 de 15 noviembre, en su art. 563 bis-b, el

delito de cheque en descubierto se independiza formalmente de las defraudaciones, ampliándose a dos supuestos más su tipicidad, como son el retirar los fondos impidiendo su pago, y el negociarlo a sabiendas de su carencia. Dicha regulación nunca ha estado exento de crítica doctrinales.

En definitiva, su fundamento jurídico se basó en la preferencia de protección o tutela de un bien "colectivo" (como es la seguridad del tráfico mercantil), sobre un bien "individual" (como es el patrimonio), aunque en el fondo la cuestión es dudosa

9) Bien jurídico protegido

Vemos que existen dos tendencias bien diferentes para explicar la fundamentación de los bienes jurídicos: la transcendentalista (basadas en el iusnaturalismo); y la inmanentista (basada en la propia norma del Estado).

En cualquier caso, la función primordial de los bienes jurídicos es la de servir de garantía o límite del ius puniendi de los propios Estados. Esto se consigue según hemos visto, a través de dos vertientes: la Legislativa y la Judicial.

Es decir, los gobiernos como detentadores del poder legal en los Estados democráticos, están obligados a dictar Leyes que solamente protejan intereses importantes, básicos y necesarios para de la sociedad en general. Por otra parte los Jueces, como órganos encargados de administrar la justicia dentro de los Estados, deberán de interpretar y aplicar dichas leyes en base a unos valores fundamentales, que las sociedades modernas se dan a si mismo a través de una Constitución. En consecuencia, tanto los unos como los otros deben de buscar el punto de equilibrio entre la protección de intereses colectivos y individuales, a fin de no perder su finalidad los bienes jurídicos.

Por ello vemos como con la seguridad del tráfico mercantil, lo que ocurre es que dicho bien jurídico colectivo en la sociedad actual no deja de ser más que una mera autopía, existiendo otros mecanismos de control mucho más eficaces y menos gravosos para la propia sociedad, como son las normas bancarias y mercantiles.

Digo "utópico", por que el primer problema que se le plantea a dicho bien jurídico, es el saber concretamente sobre que es de lo que se trata al hablar del mismo. Efectivamente, en la doctrina no existe acuerdo sobre lo que realmente se protege con el art. 563 bis-b; en cambio jurisprudencialmente si, la seguridad del tráfico mercantil, pero tal como veremos dicha seguridad igualmente se protege a través del patrimonio individual, como de la fe pública. Por ello su creación nos parece incensurable para la colectividad, e incluso contraproducente para el incremento de la utilización del cheque.

10) La seguridad del tráfico jurídica mercantil

Tradicionalmente en el ámbito penal, la seguridad del tráfico siempre fue sinónimo de delitos de falsedad contra la fe pública, o riesgo del tráfico de circulación. Por lo cual, hasta las Reforma del 1971 dentro del catálogo de bienes jurídicos penales no existía tal bien, sino todo lo contrario, el tráfico jurídico mercantil siempre ha estado dentro del Código de Comercio, pues al Derecho penal sólo le debe de interesar la seguridad y el tráfico jurídico de los documentos, sean mercantiles, civiles u oficiales.

Vemos pues, que si lo que se pretende es proteger la seguridad del tráfico del documento que representa el cheque, por su importancia social o función económica, nos encontramos con que como título-valor que es, logicamente también debería de protegerse a los otros títulos valores de la misma clase, al menos dentro de los pecuniarios, como son las letras de cambios, pagarés, obligaciones, certificados de depósito, etc., o sea, aquellos que incorporan el derecho a percibir una suma de dinero, cosa que lamentablemente no es así.

Ya que según se dice en el preámbulo de la Ley Cambiaria del 85: "La adaptación del ordenamiento sobre la letra de cambio, el cheque y el pagaré a la llamada legislación uniforme de Ginebra, supone dar un paso decisivo encaminado a la renovación de nuestro Derecho Mercantil, tan necesitado de reforma. Si esta necesidad es predicable de otros sectores del ordenamiento mercantil, en pocos se hace tan evidente como en el de estos títulos valores, cuya regulación casi centenaria ha sido repetidamente denunciada por no servir para proteger adecuadamente los créditos incorporados a dichos documentos".

Todo ello sin olvidar la importancia que tiene la letra de cambio dentro del tráfico bancario, y sus repercusiones en una economía nacional, ya que igualmente sirve para formalizar un contrato de cambio trayecticio que evita el transporte de dinero; como sirve de medio de pago (con la letra de cambio se pueden pagar varias deudas sucesivas sin necesidad de utilizar el dinero); además de su función de crédito (a los Bancos les interesa el descuento de letras, pues aparte de su ganancia comercial, les permite su redescuento en el Banco de España con lo que pueden obtener fácil y rápidamente numerario).

Como eso no es así, ya que el art. 563 bis-b solamente protege al cheque, llegamos a la conclusión de que el cheque es un título-valor privilegiado dentro de la gran gama de títulos valores que existe, aunque no sea el más importante. ¿por qué?.

La respuesta en nuestra opinión, solamente está en el interés de proteger la función económica que representa el cheque para una minoría, el de ser una "segunda moneda", fuera del

control fiscal establecido, creándose circuitos de dinero negro.

Por lo que la tipicidad del art. 563 bis-b, dentro del catálogo de bienes jurídicos colectivos no está lo suficientemente legitimada; en consecuencia pierde su validez, ya que para proteger los intereses individuales de una sociedad, tenemos los bienes jurídicos de la propiedad, el patrimonio, etc.

Hay que tener muy en cuenta esto, ya que sino, se corre el peligro de que por querer proteger excesivamente el cheque bajo un prisma penal, precisamente lo que ocurra sea que se le esté ahogando. Una prueba sintomática de ello, es el gran incremento que ultimamente está experimentando las tarjetas de crédito, o el propio uso del pagaré, pues además de no existir el riesgo de ser un posible delincuente el librador sin fondos, su vencimiento puede ser aplazado o renovado, al igual que la letra de de cambio

11) Aptitud de otros bienes jurídicos para proteger al cheque.

Vista la artificialidad de bien jurídico protegido dentro del art. 563 bis-b, en base a lo expuesto más arriba, y a la excusa absolutoria del mismo (la cual también analizamos), creemos que sería coherente ver en el catálogo penal de los bienes jurídicos, cuales podrían cumplir la misión de proteger adecuadamente tanto al cheque como a otros títulos valores, en especial los pecuniarios, según se ha dicho.

Si después de un análisis llegamos a la conclusión, de que lo realmente importante en la protección penal del cheque, es el valor económico que el documento representa, podemos afirmar que el bien jurídico más adecuado para su protección será el patrimonio, entendido el mismo en un concepto económico-jurídico.

Tal como afirmó Bustos Ramírez: "la protección del patrimonio es siempre algo adjetivado, no es el patrimonio a secas lo que se protege, sino el engaño y el ánimo de defraudar o de lucro a lo ajeno".

Si a caso ello fuera poco, también tenemos como bien jurídico a la fe pública, aunque no siempre dicho bien ha gozado de la misma aceptación, ya que en un principio la falsificación se la consideraba como un medio para conseguir una defraudación, es decir, no se falsificaba por falsificar, sino para a través de ello conseguir un beneficio económico o patrimonial.

Pero actualmente, la fe pública es considerada como algo con identidad propia que lesiona a la verdad de los hechos, o sea, independiente de cualquier resultado material posterior. Por ello entendemos que la emisión de un cheque en descubierto a sabiendas de su falta de cobertura, ya de por sí mismo es una falsedad en documento mercantil, pues el cheque sin fondos como mandato puro

y simple de pagar que es, entendemos que representa un mandato falso si existe "dolo" al alterarse la verdad de un requisito material como es la cantidad, con lo cual el bien jurídico de la seguridad del tráfico mercantil se hace innecesario.

12) La función del tipo de injusto

Según hemos visto, la función del tipo en la actualidad ha adquirido mucha relevancia. Doctrinalmente al tipo se le atribuyen tres funciones fundamentales: 1) La delimitadora del área de lo penal; 2) La indicadora de la antijuricidad; 3) La motivadora o efecto disuasorio.

El tipo esta formado por una serie de elementos descriptivos y normativos. En consecuencia podemos afirmar con MIR PUIG, que para que una conducta antijurídica constituya delito, es preciso que sea penalmente típica, o sea, que este penalizada dentro de las figuras delictivas de la parte especial del Código, con lo que se cumple el principio constitucional de legalidad del art. 25,1, por el cual: "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Hoy en día la antijuricidad, no se fundamenta exclusivamente en aquel iusnaturalismo que era antes la base de las teorías transcendentalista, sino que también predominan las teorías inmanentista (basada en la propia norma del Estado), por lo cual los bienes jurídicos protegidos en el Código no siempre son los más importantes y necesarios, un ejemplo de ello puede ser a nuestro entender el del art. 563 bis-b.

13) Los sujetos: Pasivo y Activo

Doctrinalmente se entiende por sujeto pasivo al titular del bien jurídico protegido, en el caso del delito de cheque en descubierto será la propia sociedad en general, incluso para algunos representado por el Estado, ya que dicho delito en sus orígenes (año 1939) sirvió para proteger el cobro de las deudas tributarias por medio de cheques.

A nivel doctrinal, no comparto el criterio de aquellos que entienden que sujetos pasivos también son los tenedores, aunque piense que los realmente "beneficiados" con la penalización del art. 563 bis-b, sea una minoría fáctica que hacen del cheque una "segunda moneda".

Dentro de los elementos del tipo, uno de ellos es el referente al sujeto activo, el cual se identificará con el autor en un sentido estricto, ya que en un sentido amplio y legal,

autor tanto puede ser el que toma parte directa en la ejecución, el inductor, como el cooperador necesario. (todos ellos personas físicas, ya que las personas jurídicas no pueden serlo).

Los sujetos activos del tipo delictivo del art. 563 bis-b, son el librador en sus párrafos primero y segundo, y el tomador en su apartado tercero, cuyas figuras jurídicas son algo confusas por su regulación mercantil subyacente y están poco definidas.

14) Conductas tipificadas en el art. 563 bis-b

Esta claro que en dicho artículo se regulan tres figuras delictivas diferentes: el librar cheques sin fondos en la fecha consignada en el documento; el retirar los fondos impidiendo su pago; y el negociar por parte del tomador un cheque sabiendo que es sin fondos, lo que equivale a una nueva forma de libramiento.

Las primeras correcciones que efectuó la jurisprudencia en la aplicación práctica de este delito, fueron la de restringir la finalidad del uso del cheque; y la segunda el exigir que el cheque fuera sobre cuenta corriente del propio librador, lo cual va más allá del propio texto legal.

Otra contradicción del texto penal con la Ley Cambiaria posterior, es el elemento objetivo del tipo sobre la fecha consignada en el documento, por lo que según el art. 563 bis-b un cheque puede postdatarse, cosa que fue abolido con la Ley Cambiaria, y corroborado posteriormente por la jurisprudencia, ya que en la actualidad los cheques son todos pagaderos a la vista, añadiéndose en el art. 134 LCCH. que cualquier mención contraria se considerará no escrita. Otro problema sobre la tipificación de la fecha consignada en el documento, es que se deja en manos del librador el poder plasmar una fecha aleatoria o incompleta, la cual podría convenirle para el caso de que prevea su impago, ya que tal hecho podría incluso no ser delito según el caso.

Problemático también en relación a la Ley penal, son los plazos de pago que introdujo la Ley Cambiaria del 85, ya que el cheque en realidad es pagadero a cualquier fecha siempre que existan fondos, y no se haya revocado por el librador en el caso de que pueda (art. 138), por lo cual la "fecha consignada" de su tipicidad, hoy en día es irrelevante o entra en contradicción con la Ley Cambiaria. Lo más coherente hubiera sido tipificar la fecha de su presentación para consumarse el delito.

Dentro de la confusa redacción del párrafo primero del art. 563 bis-b, también tenemos la problemática del vocablo "disponibilidad de fondos", con lo que se puede trasladar el efecto de la consumación del delito a manos de terceros, como puede ser el caso de que el librado quiera pagar o no un cheque sin fondos, según pactos expresos o tácitos de disponibilidad o

autorización de saldos deudores (números rojos) entre Bancos o Cajas (librados) y sus clientes (libradores).

Otro defecto es, el penalizar el cheque en descubierto con independencia de su importe, ya que actualmente se hacen cheques por el valor de una botella de butano por ejemplo, y no creo yo que el Sr. del butano admita el cheque el base a su protección penal, sino más bien porque confía en su cliente. Además de la contradicción y agravio comparativo que existe en relación a otros delitos, como la estafa, ya que ésta si tiene su regulación como falta, cosa que no ocurre con el delito de cheque sin fondos

Referente al párrafo segundo del art. 563 bis-b, pienso sinceramente que después de la Ley Cambiaria se hace menos necesario aún que el párrafo primero, ya que según dicha Ley, en su art. 138 se prohíbe al librador el revocar un cheque dentro de su plazo de pago legal, por lo cual la protección penal de la retirada de fondos impidiendo su pago, se hace redundante y atenta contra el principio de la mínima intervención del Derecho penal.

Por una otra parte, existe el problema de que no siempre la retirada de fondos impidiendo su pago se producirá con el conocimiento del librador, ya que actualmente con el gran volumen y desarrollo que tienen algunas cuentas corrientes, es muy probable que los cambios de saldo se produzcan de improviso, pues pensemos en la cantidad de recibos, cuotas, pagos, tarjetas, etc. que tenemos domiciliados en nuestras cuentas corrientes, lo cual no pocas veces producen alteraciones en nuestros saldos previstos

Por la otra vemos, que en las obligaciones contractuales de las cuales el cheque será un medio para saldarlas, existe según el art. 1124 del Cód. Civil (para el caso de incumplimiento de una de las partes), la facultad de la otra parte actuar a la recíproca. Pues imaginemos el abonar una reparación con un cheque, o la compra de un electrodoméstico que a la media hora ya no funcionen, no será justo intentar impedir el pago del cheque.

Eso sin contar con que figura delictiva del art. 563 bis-b párrafo segundo, a mi juicio, tal como esta redactada es propia de un delito de resultado, ya que se exige en su tipicidad que la acción cause el impago, pues si el librador retirase los fondos y no obstante el cheque fuera pagado por el librado, no habría delito a pensar de ser un cheque sin fondos.

Finalmente, también con el párrafo tercero del art. 563 bis-b se amplía exageradamente el campo los sujetos activos, al tipificarse la actuación del tomador, lo cual demuestra el espíritu sancionador de la época, pues si en realidad se pensaba que con el párrafo primero se iban a eliminar o disminuir considerablemente la emisión de cheques sin fondos, ello hacía innecesario dicha modalidad delictiva.

Además de que existe posibilidad de efectuar endosos incompletos, en blanco, o por simple tradición, que en caso de impago harían ineficaz tal tipicidad, por lo deficiente de averiguar sus tomadores anteriores, tanto más cuanto más lejos del primero.

En resumen, con la redacción del art. 563 bis-b de la Ley 1971, se quiso crear un delito autónomo que protegiese el bien jurídico de la seguridad del tráfico mercantil, en base a tres modalidades delictivas, que en la actualidad tanto lo uno como lo otro son cuestiones muy discutibles, tanto por su fondo, su forma, y sus pocos resultados positivos. Siendo de advertir, que a pesar de las numerosas veces autorizadas que se han pronunciado sobre su defectuosa tipicidad y de las diferentes reformas parciales del Código penal, el art. 563 bis-b sigue prácticamente como el primer día que se creó por razones no muy explicadas.

15) Clase de tipo

Al entender de la jurisprudencia, el delito del art. 563 bis-b es un delito formal o de mera actividad, de la clase especial estricto, con tres formas delictivas, por lo que es un delito compuesto, aunque uniofensivo en cuanto al bien jurídico.

Aunque en lo que respecta a su naturaleza jurídica, no existe un consenso doctrinal ni jurisprudencial que avale su formación, ya que existen discrepancias sobre en que momento se produce la consumación del delito, la fecha consignada en el documento o la presentación del mismo al cobro. Ello creemos que está causado por su deficiente redacción e injusto resultado, ya que al redundar en sus formas delictivas, se produce una contradicción en su naturaleza del tipo, creando una cierta inseguridad jurídica, incompatible con un Estado de Derecho.

Según el texto legal entiendo, que el delito se consuma en la fecha consignada en el documento, por lo que es un delito de simple actividad, si bien no en todos sus párrafos, pues en mi opinión el párrafo segundo es propio de un delito de resultado, ya que para consumarse el tipo, hace falta que la acción de retirar los fondos produzca como consecuencia su impago.

16) Exclusión de la tipicidad en relación con el art. 563 bis-b.

Dentro de los dos supuestos clásicos de exclusión de la tipicidad, tales como son la ausencia del tipo: por ejemplo la no protección penal de la letra de cambio o el pagaré impagados; y la falta de alguno de sus elementos: como la ausencia de acción por situaciones de inconsciencia, fuerza irresistible, o falta de determinación del sujeto activo, o del nexo causal, etc.

También existe a nuestro entender un tercer supuesto que

puede excluir la tipicidad, ya que en la actual Constitución española prevalecen los valores individuales sobre los colectivos, por lo que actualmente cobran toda su importancia las llamadas "acciones socialmente adecuadas". Es decir, en la actualidad existen una gran cantidad de actividades que a pesar de su posible peligrosidad social, no por ello se priva al individuo de su posible realización, ni se le califica al mismo de delincuente dado el caso de causar algún daño.

Efectivamente, una de estas actividades podría ser la posible emisión de un cheque sin fondos, o al menos su referencia a la forma culposa de este delito, tal como veremos más adelante al tratar sobre sus elementos subjetivos. Hoy en día con los actuales sistemas informáticos y bancarios, por los cuales un tenedor puede saber perfectamente si un cheque es sin fondos o no, además de existir la Ley Cambiaria, no vemos razones de peso que justifiquen la inclusión dentro del Cód. penal de un bien jurídico nuevo y extraño al mismo.

17) Causas de justificación de ausencia de la antijuricidad

Si por antijuricidad entendemos que un hecho es contrario a derecho ¿qué causas pueden justificar la ausencia de la misma?.

Doctrinalmente vemos que existen básicamente dos: el consentimiento del sujeto pasivo o ausencia de interés, y los intereses preponderantes. Aunque del bien jurídico de la seguridad del tráfico mercantil, por ser un bien colectivo o público, su titular no tendría porque tener disponibilidad del mismo, lo cual contradice con su excusa absolutoria.

Ya que en referencia al delito de cheque en descubierto, la realidad mercantil y la propia jurisprudencia penal nos corroborean lo contrario en numerosas sentencias, pues existen muchos supuestos en los que a nivel individual, es el propio tenedor o acreedor quien parece no interesarle el bien jurídico del que es cotitular. Estos supuestos son cuando el tenedor admite un cheque de un librador que sabe que está en quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores; o simplemente sabe que el cheque no es conforme, y lo recibe con simple garantía o novación de pago de letras; pago condicionado; aplazado; etc. Lo cual dicho sea de paso, está en contradicción con el texto del art. 563 bis-b párrafo primero al decir: con cualquier finalidad.

También se observa en dicho delito, a pesar de ser perseguible de oficio, que en la realidad bancaria el impago de los cheque nunca se pone en conocimiento de la autoridad judicial por parte de los Bancos o Cajas de Ahorros, lo cual es prueba de la falta de convencimiento de su gravedad social.

Por otro lado también tenemos como causas de exclusión de la

antijuricidad, todas las exenciones de responsabilidad penal del art. 8 del Cód. penal, en especial los párrafos 7 (estado de necesidad) y 10 (miedo insuperable), o en su defecto o caso, las atenuantes del art. 9.

18) La imputabilidad del delito

La imputabilidad es uno de los tres elementos que forman el "juicio de la culpabilidad". Su fundamento se encuentra en el libre albedrío del ser humano para elegir entre el bien o el mal.

En el delito del cheque en descubierto del art. 563 bis-b, dicho elemento no es fácil de determinar en cuanto a la forma culposa de la culpabilidad sobre el librador, al no podersele exigir una conducta desmedida en la precaución de extender un cheque, además de que la culpa en muchos casos no será imputable a él, sino al librado, o incluso al propio tenedor.

Los supuestos de innimputabilidad serán los propios de cualquier delito, con la salvedad de que también podrán apreciarse a un mayor de 16 años titular de una cuenta corriente, como consecuencia de poder ser sujeto activo.

19) Elementos subjetivos del art. 563 bis-b

La principal problemática de los mismos está, en valorar si al art. 563 bis-b le es correcto aplicar las dos formas de culpabilidad (dolo y culpa), pues a mi juicio lo que el Legislador de 1971 tipificó en dicho artículo fue, solamente la tipicidad de la forma dolosa, según la Exposición de Motivos de la propia Ley. Además porque creo que es un error el justificar la apreciación culposa de dicho delito en base al art. 565 C..P., ya que actualmente se comprueba que la imprudencia punible en los delitos es sólo la temeraria (reforma L.O.3/1989 de 21 junio), también de existir la tendencia doctrinal de solamente apreciarse la culpa en delitos concretamente así tipificados, según art. 11 del Anteproyecto Cód. penal de 1992.

En cuanto al dolo, su apreciación no será problemática, lo que ocurre es que la redacción del art. 563 bis-b primero, contradice la actual Ley Cambiaria en sus art. 134 y 135 en el aspecto de la fecha consignada en el documento para poderse apreciar el tipo, ya que actualmente el cheque es pagadero a la vista, sea cual sea la fecha consignada en el mismo.

Con el párrafo segundo de art. 563 bis-b, nos encontramos con el problema de que el dolo habrá de producirse cuando se cumpla el tipo, que a mi entender no será el momento de la retirada de fondos, sino cuando se cumpla el resultado tipificado, el impedir el pago; es decir, el librador tendrá que

saber que el cheque no es pagado a causa de los fondos que en su día retiró, lo cual es muy problemático demostrar en cuentas corrientes de mucho movimiento. Además de que existen muchísimos casos en que un cheque es devuelto (impagado), no por retirada de fondos a causa del dolo del librador, sino por cargos habidos en su cuenta de los que aun él mismo no es conocedor.

Referente a la culpa, hemos llegado a la conclusión de que es la infracción de un "deber de cuidado" sobre algo que es exigible, pero en este delito tanto al librador como al tomador.

Hoy en día por imperativo legal (Reforma 3/1989), la culpa o imprudencia simple ya no es aplicable a los delitos, sino solamente a las faltas, y como sabemos el delito de cheque en descubierto no tiene su tipificación como falta, por lo cual la culpa del art. 565 en los delitos es la imprudencia temeraria.

Según se corrobora por la jurisprudencia en numerosas sentencias, dicha imprudencia sólo debe de aplicarse a aquellas conductas u omisiones no maliciosas y que causen un grave riesgo o peligro para la sociedad, que en el este caso del art. 563 bis-b, según su bien jurídico, es la seguridad del tráfico mercantil.

Cuestión que ya ha sido debatida en las conclusiones sobre su bien jurídico, a las cuales me remito. Solamente puntualizar aquí, que aun suponiendo de que se mantuviese dicho bien jurídico dentro del catálogo del Código penal, la forma culposa dentro de las tipicidades del art. 563 bis-b, no hace más que crear situaciones injustas para el librador, al llevarse desmedidamente la exigencia del deber de ciudadano, según veremos.

20) La Exigibilidad

Efectivamente, para que sirve comprobar el saldo de una cuenta corriente a la hora de extender un cheque, si cuando el mismo llegue a ser presentado al cobro pueda ser que ya no existan fondos para atenderlo, por haberse pagado otras cosas.

Para que ello no ocurriese cuando se extienda un cheque, debería de efectuarse la correspondiente retención de saldo por el importe del mismo (art. 110 LCCH), o habría que tenerse una provisión de fondos tan holgada que no hubiera de preocuparse por ello, cosa que en la realidad bancaria y mercantil no es así.

Por otra parte existe el problema añadido de las "disponibilidades de fondos" (que no es lo mismo que provisión) por las cuales los librados autorizan a sus clientes, libradores de cheques, a tener saldos acreedores, lo cual hace que la culpa no esté solamente en el comportamiento del librador, sino del librado, e incluso al propio tenedor, ya que la Ley Cambiaria le faculta para ser él quien también pida la conformidad (art.110).

Con lo que llegamos a la conclusión, de que lo exigible a de ser sobre algo posible, pues que sentido tiene exigir el deber de algo cuando es imposible de realizar, o como en este caso ineficaz, según hemos visto al analizar los postulados de JESCHECK sobre el cuidado interno y el cuidado externo en relación al delito de cheque en descubierto.

21) Supuestos de ausencia de formas de culpabilidad

El error vencible sobre el tipo en el delito de cheque en descubierto, debería de excluir también la culpa, por considerar que el art. 563 bis-b es un delito solamente doloso. Además de por que el art. 6 bis-a menciona como cuestiones a considerar "las circunstancias del hecho y las personales del autor", con lo cual llegamos a la conclusión de que el deber de cuidado exigible no será el mismo a cada librador, sino que será variable.

En el caso fortuito, como límite inferior con la culpa, debería de tener en el delito de cheque en descubierto una aplicación mayor, al objeto de evitar injusticias y excesos en su incriminación, ya que como hemos visto, al no efectuarse la preceptiva aunque no obligatoria retención de saldo por el importe del cheque extendido, se está admitiendo como posible la devolución del mismo, aunque se confía que ello no sea probable, con lo cual es la propia sociedad quién descalifica la incriminación culposa de dicho delito, en base a las "acciones socialmente admitidas".

Por otra parte en el delito del cheque en descubierto, por sus peculiaridades relaciones con el librado (Banco o Caja), según hemos visto, existen una serie de supuestos de impago de cheques, donde la culpabilidad del delito no será imputable al librador, sino al librado, lo cual dicho sea de paso su conducta no esta tipificada en ningún aspecto.

Por todo ello, y con independencia de que el delito de cheque en descubierto se mantenga o no dentro del catálogo de delitos del Código penal de una forma autónoma, creemos que para una mayor justicia social en este tema, debe de considerarse definitivamente que la incriminación del art. 563 bis-b es solamente en la forma dolosa, tesis avalada por algunas sentencias de Tribunal supremo, además de por una serie de razones y principios que he expuesto en el epígrafe IV, 4) del capítulo IV.

Sin tener en cuenta que al eliminar dicha descriminación, se favorecería considerablemente en la divulgación de tal medio de pago, ya que ahora por el miedo de no caer en alguna de las tipicidades del art. 563-bis-b, el posible librador prefiere utilizar el pagaré, o la tarjeta de crédito por ejemplo, que el propio cheque. No quiero pensar que esta sea ésta una de las

causas por las que la regulación del cheque permanece monolítica.

22) Modos de realización del delito del art. 563 bis-b

Hemos visto como al Derecho penal sólo le interesa el comportamiento externo del individuo, y aun dentro de éstos solamente a los que tipifica como delitos. En el caso del cheque en descubierto, también le serán punibles los actos preparatorios en tanto y cuanto no se haya consumado el delito, pues en este caso quedarán absorbidos por él.

Se entiende que al considerarse el art. 563 bis-b un delito formal, las fases imperfectas de ejecución no le serán punibles, aunque en nuestra opinión si la tentativa, en especial en su párrafo segundo, al entender particularmente que su tipicidad es propia de un delito de resultado.

La incertidumbre sobre la naturaleza jurídica de este delito, hace que dicho artículo sea problemático, incluso en su ejecución perfecta, ya que no tiene mucho sentido el tipificar una conducta como es el extender y entregar un cheque sin fondos, si el propio tenedor no quiere cobrarlo por ejemplo. Ello es posible, al no haberse tipificado como el momento de la consumación del delito, la fecha de su presentación al cobro.

23) Formas de intervención del art. 563 bis-b

Entendemos que en el delito de cheque en descubierto, si son posibles las tres formas de intervención del art. 14 Cód. penal. Es más, en la autoría inmediata tanto podrá ser autor el titular de la cuenta o librador, como su representante legal, aunque en este delito por ser de la clase especial, el "extraneus" (el no librador) no puede ser autor mediato, por no cumplirse sobre él la condición del tipo.

En cuanto a la posibilidad de haber encubridores, a pesar de la opinión contraria de algún sector mercantilista sobre su posible apreciación en el art. 563 bis-b, a mi juicio creo que se equivocan, ya que si dicho delito es perseguible de oficio y los Bancos o Cajas no denuncian tales hechos, a tenor del art. 18 Cód. penal, dicha figura jurídica se esta cumpliendo sin nuda alguna en la modalidad de favorecimiento de la clase real.

24) Tiempo y lugar del delito de cheque en descubierto

Entendemos que el art. 563 bis-b no puede ser derogado de una forma tácita por la Ley Cambiaria del 85. También entendemos que a nivel nacional es la "teoría de la actividad" la que mejor se concuerda con el art. 14 de L.E.Cr., sin embargo a nivel

internacional, quizá sea la "teoría de la ubicidad" la que mejor se adapta a dicha esfera de relaciones.

En referencia al lugar, si se entiende que dicho delito es formal o de simple actividad, el fuero de competencia más adecuado será según la teoría de la actividad, el lugar de libramiento o entrega del documento, y en caso de discrepancia éste último; lo cual puede ser muy interesante para saber la conveniencia de la ley aplicable a la responsabilidad por daños a nivel internacional, en el caso de no aplicarse conjuntamente la acción penal y la civil en base al art. 111 L.E.Cr.

Por otra parte, creemos muy conveniente que en el nuevo Código penal que se está proyectado realizar, se regule de una forma específica las cuestiones de normas y conflicto de leyes internacionales en esta materia, sin tener la necesidad de recurrir al Derecho civil, o a la Ley Orgánica del Poder Judicial para solucionar dichos problemas.

25) Concurso de delitos aplicado al cheque en descubierto

Con dicho delito, tanto puede apreciarse el concurso ideal, medial, o el real, si bien lo más habitual será el medial, al ser el cheque un instrumento adecuado para cometer otro delito mayor, por ello el art. 563 bis-b en su último párrafo nos hace una remisión a otro delito más grave dado el caso, lo cual parece que rompa con el concurso de delitos y nos remita al "concurso de leyes" del art. 68, para por absorción penalizar unos mismos hechos por el delito más grave. También suele apreciarse como delito continuado en base al art. 69 bis Cod. penal, lo cual es una prueba del poco efecto intimidatorio de sus penas, o de la inadecuación del tipo.

Dicha cláusula de remisión entrará en juego cuando el importe del cheque sea superior a 30.000 ptas, pues en caso contrario nos tendríamos que remitir a tipicidad de las faltas, las cuales son inferiores a la penalidad del art. 563 bis-b.

Jurisprudencialmente suele distinguirse el delito de cheque en descubierto con el de la estafa, básicamente por la cuestión del "engaño previo" y el "perjuicio patrimonial", particularmente pienso que ello no justifica la creación de un delito autónomo como el art. 563 bis-b, pues en el art. 528 no se menciona de una forma expresa cuando tiene que producirse el engaño, si antes o después del acto de disposición, por lo que se comprueba, que en ambos delitos en el fondo protegen a un mismo bien, el patrimonio del tomador o tenedor de buena fe.

Por otra parte, con el delito de falsificación del art. 302 en relación con el art. 303, ya se protege la "seguridad del tráfico jurídico documental", tanto en sus párrafos primero y

noveno (falsedad material), como en sus párrafos cuarto y quinto (falsedad inmaterial). Pues debemos de entender que tanto la confección de un documento que parezca como auténtico, como la alteración de la verdad en un documento original son causas suficientes extensas para proteger a la seguridad del tráfico.

Finalmente para los casos que no estén comprendidos en las estafas propiamente dichas, o las falsificaciones de documentos, el Código penal nos brinda la tipicidad de la apropiación indebida, la cual abarcará todos aquellos supuestos de abuso de confianza en la posesión del dinero, efectos u objetos muebles.

En consecuencia y a nuestro juicio, la cláusula de remisión del párrafo último del art. 563 bis-b, es como una cláusula de autodestrucción del propio artículo, al mostrarse superflua su tipicidad, puesto que el hecho de emitir un cheque en descubierto tanto podrá encuadrarse según el Cód. penal, como una estafa, una falsedad, o una apropiación indebida, quedando el art. 563 bis-b para los casos "etéreos" del tráfico mercantil.

26) Evolución de su penalización

Si observamos bajo un cierto prisma histórico, los diferentes tipos de penas habidos en España sobre el cheque en descubierto, podemos llegar a la conclusión, de que un mayor incremento de las penas en este delito, ha estado en relación directa con aquellas épocas donde se pretendía proteger los valores morales de un Estado totalitario.

Con la estadística criminológica que he realizado, he pretendido demostrar que el hecho de emitir cheques en descubierto por parte de la población española, en base a su tipicidad dentro de la parte especial del Código penal y de sus diferentes penas, no ha causado el efecto esperado de salvaguardar la seguridad del tráfico mercantil, además de resaltar el enorme coste procesal que su inclusión penal representa, sin contar la cifra negra que de tales hechos quedan sin denunciar, por la cuestión de su responsabilidad civil.

27) Ausencia de regulación como falta

A pesar de la reforma L.O. 3/1989 de actualización del Cód. penal, donde se produjo una importante reforma en la faltas, el delito de emitir un cheque sin fondos no tiene su paralela regulación como falta, lo cual puede producir la paradójica situación de ser penalizada más severamente la conducta de emitir un cheque en descubierto sin ánimo de defraudar, que la emisión de un cheque como medio de cometer una estafa cuyo importe sea inferior a 30.000 ptas., es decir, con la actual regulación se penaliza con más rigor un delito accesorio que un delito

principal como es la estafa.

La solución doctrinal para estos casos parece que no es a gusto de todos, pues la aplicación jurisprudencial del art. 68 no deja de causar injusticia en cuanto a la responsabilidad civil.

28) Causas de exclusión de la punibilidad.

Desde la aparición de la excusa absolutoria del art. 563 bis-b, doctrinalmente se ha entablado una viva discusión sobre la oportunidad o conveniencia de la misma, además de su confusa redacción, lo que ha causado dudas sobre los beneficiarios de la misma, como el tomador, el cual entendemos que si lo es.

Aunque lo realmente contradictorio de la misma es su fundamento en relación al bien jurídico del delito, ya que si con el art. 563 bis-b se pretende proteger la seguridad del tráfico mercantil, parece ilógico que una vez producido el impago y consumado el delito, se le dé al autor del mismo una segunda oportunidad para pagar, suprimiéndose la punibilidad en caso afirmativo, lo cual demuestra que lo realmente importante en dicho delito es el pago del documento, es decir, el valor patrimonial que el cheque representa.

Otro punto problemático es su plazo, cinco días a partir del impago, lo que hace que dicha excusa absolutoria sea en realidad letra muerta, ya que la Ley cambiaria en su art. 135,1 otorga 15 días para el plazo legal de pago de los cheques.

En nuestra opinión, independientemente de la validez del art. 563 bis-b en general, dicha excusa absolutoria debería de desaparecer del mismo, o cuando menos adaptar su plazo de efectividad a la nueva Ley Cambiaria, y eso sí, abarcar sus beneficios a todos los intervinientes en el delito, incluso cuando el pago fuera hecho por un tercero.

29) Determinación de la pena del art. 563 bis-b

La pena de este delito se determinará como en cualquier otro, es decir, sabiendo los modos de realización del mismo, así como las formas de intervención. Quizá lo problemático del caso sea cuando su realización fuese culposa, ya que según el actual art. 565, la pena inferior al arresto mayor (realización dolosa), debería ser en mi opinión el arresto menor, la cual según el art. 27 es una pena leve, aplicable tan solo para las faltas, lo cual confirma mi planteamiento de la necesaria supresión de la incriminación culposa en el art. 563 bis-b, tal como lo he expuesto anteriormente.

En cualquier caso, su efecto intimidatorio es mínimo, ya que

si el autor no tiene antecedentes penales o los tiene cancelados no ingresará en prisión, al aplicársele la remisión condicional. Por otra parte, el Anteproyecto de 1992 prevé que las penas privativas de libertad sean a partir de los seis meses.

Por ello parece lógico, que las penas privativas de libertad estén reservadas para los delitos graves o menos graves como la estafa, y el arresto fin de semana para los leves. En consecuencia se tendrá que concretar en el futuro Código penal, a que clase pertenece el delito de cheque en descubierto de una forma autónoma, pues no es justo penalizar con la misma pena a un autor de cheque en descubierto de 1.000 ptas. por ejemplo, que a otro de 100 millones de ptas. Ni que la multa sea la solución magistral, pues al final siempre será el pobre o el insolvente quien irá a la cárcel por no poder pagar aquella.

30) Otras consecuencias jurídicas del delito del art. 563 bis-b

Otro de los absurdos del art. 563 bis-b lo tenemos, en que la jurisprudencia entiende que la responsabilidad civil en este delito no va aparejada como marca la norma general del art. 19 Cód. penal, ya que dentro de la misma el tenedor solamente recuperará el importe del protesto u otros gastos de requerimiento, que con la actual Ley de Enjuiciamiento civil y la Ley Cambiaria ya no son ni siquiera necesarios para la ejecución del documento (arts. 1429 y 146 respectivamente).

También es de resaltar el coste procesal que ello produce, pues el tenedor si quiere recuperar el importe del cheque tendrá que iniciar otro procedimiento por la vía civil, lo cual es un freno para la efectividad del art. 563 bis-b, ya que al tenedor lo que realmente le importará al iniciar un procedimiento de esta naturaleza, es la recuperación de su perjuicio patrimonial.

Por otro lado, la Ley Cambiaria otorga unos plazos determinados para poder ejercer sus acciones civiles pertinentes, los cuales están en contradicción con la filosofía del delito de cheque en descubierto, es decir, existe una disparidad de normas para proteger un mismo fin, el cobro del cheque.

31) Proyectos de reforma sobre la penalización del cheque

Ya antes de la promulgación de la Constitución de 1978, es decir, hace más de catorce años que se viene trabajando sobre la elaboración de un proyecto de nuevo Código penal "para la democracia", más concretamente con tres redacciones: el Proyecto de 1980 y los Anteproyectos de 1983 y 1992.

En referencia al delito de cheque en descubierto, en cada una de ellas se ha mantenido una postura diferente, en base

seguramente de los estudios doctrinales que cada comisión haya realizado, en virtud del Gobierno que se lo encargara.

En el Proyecto de 1.980 se crea un Título VII dedicado a los "Delitos contra el orden socio-económico", en cuyo Capítulo VI se tipifican los delitos: "De las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito"; en donde en su artículo 354 se tipifica el delito "Del cheque en descubierto", de una forma autónoma. Cuyo bien jurídico sigue siendo la seguridad del tráfico mercantil, pero con unas importantes y necesarias correcciones en su tipicidad en relación con el art. 563 bis-b

En el Anteproyecto de 1.983, se suprimió del catálogo de la parte especial, al delito de cheque en descubierto, por no considerarse necesaria su tipicidad de una forma autónoma; ni siquiera como una forma de estafa cualificada.

Con el Anteproyecto de 1.992 se busca un punto intermedio en este delito, es decir, se le suprime como un delito autónomo, pero se le tipifica junto a la letra de cambio vacía o negocio cambiario ficticio como una forma de estafa cualificada, en base seguramente a la importancia económica que dichos documentos mercantiles tienen. Aunque en mi opinión se podría mejorar

32) Acciones civiles en nuestra legislación por su impago

Dentro de la gama de acciones civiles que existen en nuestra legislación para tutelar el cheque en descubierto, tenemos la acción "cambiaria de regreso" del art. 148 L.C.CH., con ella el tenedor tendrá acción ejecutiva contra el librador, los avalistas y los endosantes, ya que el librado queda fuera del círculo cambiario al no ser aceptante.

Así como las extracambiarías que se ejercitarán por medios de procedimientos ordinarios, según la cuantía de la demanda. Entre ellas tenemos "la causal" del art. 1.170 Cód. civil, la cual está basada en un negocio previo subyacente entre librador y tomador del cheque. En esta acción el cheque solamente constituye una prueba documental, por lo que al no ser ejecutivo no se le exigen todos los requisitos formales del mismo. La prescripción de la misma se basará en las reglas generales de las obligaciones civiles o mercantiles, según su naturaleza.

También tenemos la de "enriquecimiento injusto" del art. 153,2 en relación al art. 65 L.C.CH.; sobre dicha acción podemos afirmar que es de carácter subsidiario respecto a la cambiaria de regreso, y alternativa respecto de la causal. Su prescripción será a los tres años de prescribir la cambiaria, es decir, a los tres años y seis meses, periodo éste último de la cambiaria.

Como ello podemos concluir, que los derechos del tenedor a

nivel de protección mercantil y civil, creemos que están lo suficientemente protegidos y dentro de plazos lo suficientemente holgados, para que nadie resulte perjudicado, maxime si como vemos, un cheque impagado no entraña de por sí la cancelación o el pago de la deuda primitiva, por lo que no tiene razón de ser el exagerado empeño por haber mantenido la protección penal del cheque a todo trance. Más lógico hubiera sido buscar medidas o sistemas bancarios que efectuasen una labor de prevención, como exigir una cierta responsabilidad a los librados en la otorgación y control del uso de los cheques; cambiando así la filosofía Bancaria represiva de ahora, por la preventiva del sistema francés por ejemplo, pues nuestra pertenencia a la CEE lo exige.

33) Regulación no penal en otras legislaciones extranjeras

Aparte de que la regulación penal del cheque en descubierto pueda ser inconstitucional, en base al art. 11 del Tratado de Nueva York de 1966, instrumentado el 13-4-77 (BOE 30-4-77), en donde "se prohíbe que nadie puede ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".

Es que además, todos los Estados más desarrollados económicamente del mundo, no tiene la protección penal del cheque en descubierto como un delito autónomo, sino es como una especie de estafa o falsedad; lo cual demuestra que la protección penal de la "seguridad del tráfico mercantil" es algo superficial, etéreo, donde su efectividad no esta probada, sino lo contrario.

De entre ellos, igualmente están Naciones del sistema de Ginebra, como del sistema Anglo-americano, sirvan como ejemplos Francia, Suiza, Alemania, Japón, o Inglaterra y Estados Unidos (con alguna excepción dentro de este último). Incluso Francia que era un país de los más aférricos defensores de la penalización autónoma del este delito, con su Ley del 3-1-1975 y siguientes, ha creado un sistema preventivo para privar del uso de talonarios de cheques a las personas que sean "marcadas" por incidentes de impago de los mismos.

Quizá con el nuevo Código penal, también España se unirá a esta corriente mundial de Naciones desarrolladas, pues tengase cuenta que actualmente las relaciones exteriores son muchísimo más fluidas que en tiempos pretéritos, con lo cual el comercio internacional español irá cada vez en un mayor incremento, tanto en exportaciones como de importaciones, sin tener en cuenta que ya formamos parte de la Comunidad Eucómica Europea, por lo que la legislación y Banca española en general, debe de adaptar su filosofía funcional a estos Estados más modernos y vanguardistas.

II) CONCLUSIONES FINALES DE LA TESIS

Llegado a este punto de la presente tesis, creemos que es conveniente hacer una reflexión global de todo cuanto hemos ido analizado hasta aquí, al objeto de afirmar los principales hechos de la investigación que hemos realizado, a fin de ver a que conclusiones finales llegamos, para saber si ciertamente es necesaria una variación o la supresión del art. 563 bis-b, y en consecuencia, proponer una regulación alternativa a la incriminación del delito de cheque en descubierto, la cual vaya de acorde con nuestra sociedad y las actuales tendencias del moderno Derecho penal.

Análisis 1): Cuestión Preliminar

Antes de entrar en el propio análisis jurídico del delito de cheque en descubierto, hemos creído imprescindible saber en primer lugar, si el art. 563 bis-b vulnera o no algunos de los principios de la Constitución de 1978.

Uno de ellos y como catalizador de los demás puede ser el principio de "legalidad" (art. 9,1 CE), ya que difícilmente se cumplirá éste si se infringen otros principios, como el de la "seguridad jurídica", a causa de la indeterminación del texto del art. 563 bis-b; el de "jerarquía normativa", por contradecir al art. 11 del Tratado internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York de 1966; o el famoso "ne bis in idem", es decir, el nadie debe de ser sancionado dos veces por un mismo delito, falta o infracción, cosa que ocurre con la permanencia del art. 563 bis-b del Cód. penal, en contradicción con el art. 108 de la Ley Cambiaria de 1985.

Así como se vulneran otros principios constitucionales, como el de "intervención mínima", en base a la promulgación de la Ley Cambiaria y tendencias del moderno Derecho penal (Exposición de Motivos L.O. 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código penal) que hace innecesario el art. 563 bis-b; el principio de "proporcionalidad" (art. 25,2 CE), por su carencia de regulación como falta en relación con la estafa por ejemplo; el principio de "igualdad" y "presunción de inosencia" (arts. 14 y 24,2 CE), por la discriminación de trato legal que sufre el librador en el texto del art. 563 bis-b, ya que se le presupone su culpabilidad

En resumen, podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis afirmando que: El art. 563 bis-b del Código penal es inconstitucional por vulnerar alguno de los principios que proclama la Constitución de 1978, lo cual de por si ya nos obliga a considerar la supresión de dicho artículo, y si acaso buscar una regulación alternativa al tema del cheque en descubierto.

Análisis 2): El cheque

Antes de profundizar en el delito mismo, hemos creído conveniente realizar un análisis del propio documento, es decir, el bien material que lo forma, el cheque. A pesar de que no exista unanimidad doctrinal sobre cual es la naturaleza jurídica de este título-valor, hemos de afirmar que el cheque desde sus orígenes siempre se ha empleado como un medio de pago. De "mandato puro y simple de pagar" le define en el art. 106,2 de la Ley Cambiaria de 1985.

Dicha Ley esta inspirada en la de Ginebra de 1931, la cual sentó las base para una regulación uniforme de la letra de cambio, el billete a la orden y el cheque en materia mercantil, debido a su importante función económica dentro de las Naciones; sin embargo ello no justificó su protección penal a nivel internacional, dejando a cada Estado su regulación en esta materia. España optó por una doble regulación del tema, lo cual después de la Constitución de 1978 y Ley Cambiaria de 1985, no creemos que sea la mejor solución a emplear.

Efectivamente, actualmente nuestra Legislación cuenta con dos regulaciones sobre el cheque, las cuales entendemos que incluso son contradictoria entre si, ya que para la Ley Cambiaria el cheque es un instrumento de pago a la vista, y cualquier mención contraria se reputará no escrita (art. 134); en cambio para el art. 563 bis-b Cód. penal, el cheque es pagadero a una fecha determinada y consignada expresamente en el propio documento, lo cual hemos visto que crea problemas para determinar su antijuricidad y la culpabilidad en éste delito.

Asi como contener cada regulación legal un tipo de pena diferente, el arresto mayor o multa en el art. 563 bis-b; y la sanción pecuniaria del 10 % sobre su importe, según el art. 108 de la Ley Cambiaria, lo cual entendemos podría infringir el principio de "ni bis in idem" visto anteriormente.

Además dicha Ley introduce una serie de modificaciones en la regulación mercantil del cheque, las cuales vemos que contradicen su regulación penal, como son entre otras: sus acciones legales; la abstracción del título-valor en relación con el nexo causal del delito; la finalidad de emitir un cheque; la posible postdatación; la ampliación de los plazos de presentación; el pago parcial; la irrevocabilidad; su posible conformidad por parte del librado; el truncamiento bancario; el momento de cumplirse sus requisitos legales (en especial la provisión de fondos); asi como la posibilidad de cheques y endosos incompletos, ya que la Ley Cambiaria reconoce su existencia, cosa que es imposible con la tipicidad del art. 563 bis-b.

Todo lo cual no hace más que crear confusión e inseguridad jurídica, ya que ambos texto legales parten de ideas económico-

políticas-sociales bien diferentes.

Por ello podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis, afirmando que: Con la promulgación de la Ley Cambiaria de 1985, se hace innecesario y es perturbadora la permanencia del art. 563 bis-b dentro del Código penal, lo cual nos confirma que una posible regulación alternativa no tiene porque ser similar a la existente para proteger penalmente al cheque.

Análisis 3): El Delito de Cheque en Descubierto

Vemos que en general los bienes jurídicos son los que justifican la creación de los delitos, pues con ellos se intenta salvaguardar unos valores fundamentales que la sociedad considera necesarios para una adecuada convivencia, y sirven de límite al "ius puniendi" de los Estados.

En consecuencia, lo correcto es que cada delito para poder determinar su tipicidad y lógicamente su antijuricidad, ha de tener un "bien jurídico" que lo fundamente, es decir, ha de existir un bien individual o colectivo que resulte lesionado, el cual por su importancia tiene que ser protegido por la última ratio que representa el Derecho penal.

En el delito de cheque en descubierto no siempre ha existido el mismo criterio para fundamentar su bien jurídico, ya que cuando apareció por primera vez su tipicidad de una forma autónoma con la Reforma del 28-3-1963, se creó el art. 535 bis donde tanto se protegía al patrimonio como la seguridad del tráfico del cheque.

Posteriormente con la Ley 44/1971 de 15 noviembre se creó el art. 563 bis-b, donde se abandonó todo rasgo patrimonialista de su bien jurídico, y se creó un bien jurídico nuevo dentro del Derecho penal: "la seguridad del tráfico mercantil". Para ello la consumación del delito se traspasó del momento de la presentación al de la expedición del documento.

El problema surge al intentar definir y justificar el contenido de dicho bien jurídico, ya que la seguridad del tráfico mercantil es un concepto muy etéreo, y en buena lógica su ámbito tanto debería de abarcar al cheque como a otros títulos valores de su propia clase, e incluso tan o más importantes que él, como la letra de cambio, el pagare, la libranza, la obligación, etc.

Por otra parte, con la tipicidad del art. 563 bis-b se crea una nueva excusa absolutoria, la cual entendemos que contradice la fundamentación de su bien jurídico, lo que viene a demostrar que al Legislador de entonces solamente le interesó una cosa, el pago de los cheques. En consecuencia también la artificialidad y arbitrariedad de tal creación jurídica, que en realidad solamente sirve para proteger a un determinado círculo económico.

Tal falta de consistencia está avalada además, porque dentro del catálogo penal de los bienes jurídicos, ya existen otros bienes que son adecuados para la protección de la seguridad del tráfico mercantil. Como la "fe pública", la cual ya protege el tráfico jurídico documental; o el "patrimonio", el cual a pesar de proteger intereses particulares del tenedor, indirectamente igual sirve para proteger a intereses colectivos de la sociedad como es la imprecisa seguridad del tráfico mercantil.

En consecuencia, podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis afirmando que: La creación del bien jurídico que se intenta proteger con el delito del art. 563 bis-b, la seguridad del tráfico mercantil, se comprueba que es algo artificial, impreciso y etéreo dentro del Derecho penal por su equivocada antijuricidad, contradiciendo el principio de intervención mínima, pues ya existen otros bienes jurídicos, o sea otros delitos capaces de tutelar los derechos que llevan incorporados los títulos valores como el cheque.

Análisis 4): Juicio de Antijuricidad

Si como se afirma el bien jurídico del delito de cheque en descubierto es un bien colectivo o público, no existe ninguna razón válida que justifique su excusa absolutoria. Como prueba de lo equivocado de su antijuricidad tenemos la proliferación jurisprudencial sobre causas que justifican la ausencia de la misma, así como de exclusión de su tipicidad, en especial las acciones socialmente adecuadas, ya que el librar un cheque sin fondos que no lleve implícito un perjuicio patrimonial concreto a casi nadie importará, como lo demuestra la falta de denuncia por parte de los Bancos y Cajas de los miles de cheques que a diario son impagados por sus clientes.

Un síntoma sobre la problemática tipicidad del delito del art. 563 bis-b, la observamos en el desacuerdo que existe tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica, ya que para unos es un delito formal o de simple actividad y para otros es de resultado. A nuestro juicio dicho delito es formal en sus párrafos primero y tercero, y de resultado en su párrafo segundo, lo cual origina toda la problemática subyacente sobre el tema.

Pero lo más grave sobre su tipicidad entendemos que no es esto, sino las contradicciones y discordancias existentes entre la Ley penal y la Ley Cambiaria, así como su jurisprudencia.

En primer lugar no se define correctamente la figura del que "librare", siendo la jurisprudencia quien exige que el cheque sea sobre cuenta corriente del propio librador. Otro aspecto confuso es sobre la "finalidad" del cheque, siendo también la jurisprudencia quien delimita que el fin debe de ser legal.

Otra contradicción entre el texto penal y la Ley Cambiaria es sobre el elemento objetivo de la "fecha consignada" en el documento, ya que según esta última los cheques no podrán postdatarse, pues cualquier mención contraria se reputará no escrita. En consecuencia, dicho elemento que se exige en el tipo penal, hoy en día carece de validez a nivel mercantil.

También el plazo de presentación de su pago a los 15 días del art. 135 de la Ley Cambiaria rompe con la excusa absolutoria del art. 563 bis-b, ya que la misma es sólo eficaz hasta los cinco días a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Dentro del problemático texto del art. 563 bis-b nos encontramos con el vocablo "disponibilidad", el cual como hemos razonado no es equivalente a provisión de fondos, creando con ello un serio conflicto de intereses para la determinación de la culpabilidad en este delito.

Por otra parte, el párrafo segundo de dicho artículo, además de romper con la naturaleza general del tipo, nos parece del todo innecesario después de la aparición del art. 138 de la Ley Cambiaria, el cual prohíbe al librador revocar un cheque dentro del plazo legal de pago. Contradiciendo la regulación penal el espíritu contractual del art. 1124 del Cod. civil.

Igualmente de innecesario nos parece el párrafo tercero del art. 563 bis-b, ya que actualmente al menos con los arts. 120 al 130 de la Ley Cambiaria, vemos que la transmisión de los cheques está suficientemente tutelada. Por otra parte, al existir la posibilidad de efectuar endosos en blanco, incompletos y por simple tradición, creemos sumamente difícil probar penalmente la culpabilidad del tenedor o tomador de mala fe.

En resumen podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis, afirmando que: La tipicidad del art. 563 bis-b es deficiente, problemática y contradictoria con la Ley Cambiaria, siendo la jurisprudencia quien ha ido rectificando y adaptando el significado de su texto penal, en especial su finalidad y su postdatación, creando todo ello a nuestro entender una importante "inseguridad jurídica" en este tema.

Análisis 5): Juicio de Culpabilidad

Analizados con detalle cada uno de los componentes del juicio de culpabilidad en referencia al delito del cheque en descubierto, observamos que el que presenta una mayor vulnerabilidad dentro de su estructura, es el elemento de la "exigibilidad", lo que es causa su equivocada antijuricidad.

Efectivamente, a pesar de existir mucha jurisprudencia en su contra, llegamos a la conclusión de que la tipicidad del art. 563

bis-b sólo debería de abarcar la forma dolosa en este delito (así se indicó en el Preámbulo de la propia Ley 44/1971 que dió vida a dicho artículo), ya que tal como lo hemos demostrado, no se puede exigir algo que sea imposible o sea ineficaz el realizarlo, como puede ser el tener que comprobar el saldo de una cuenta corriente antes de extender un cheque en aras de una "diligencia debida", si a su vez no se efectúa tanto del librador como del tenedor, la retención potestativa que faculta el art. 110 de la Ley Cambiaria, ya que el cheque cuando llegue a ser presentado al cobro, podrá ser devuelto impagado por haberse cargado en cuenta otras cosas imprevistas, o en la fecha de consignación haberse extendido otros cheques por otros cotitulares de la misma.

Otra cuestión problemática en los elementos subjetivos del tipo es el factor de la "disponibilidad", pues tal como se demuestra en la práctica bancaria debido a la falta de liquidez de muchos libradores o clientes, ésta dependerá de la voluntad arbitraria del librado (Bancos o Cajas), con lo cual la consumación material del delito está en muchas ocasiones a manos de un tercero, cuya actuación no está tipificada penalmente, pudiendo utilizar en su provecho personal tal ventaja.

Por consiguiente lo coherente hubiera sido que el delito del art. 563 bis-b fuese un delito de resultado en toda su extensión, y que el "a sabiendas" del párrafo tercero fuese el común denominador de las tres acciones tipificadas, al objeto de limitar la culpabilidad sólo al dolo, pues sería más lógico presuponer la inocencia del librador que su culpa, en base al principio "indubio pro reo".

En consecuencia, podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis afirmando que: La incriminación de la forma culposa en este delito, no deja de producir en la realidad comercial y bancaria una serie de injusticias y excesos en base a un equivocado "deber de cuidado" en la culpa, por lo que muchos clientes o libradores prefieran utilizar el pagaré, la letra de cambio, o las tarjetas de crédito antes que el cheque, a causa del riesgo penal que lleva implícito su empleo, y de aplicarseles jurisprudencialmente de una manera muy restrictiva los supuestos de ausencia de formas de culpabilidad, como son el error y el caso fortuito, lo cual no favorece su utilización.

Análisis 6): Modos y Formas de aparición del Delito en el art. 563 bis-b.

Lo lamentable de los actos preparatorios de terceros como en la conspiración, proposición y la provocación, es que quedan impunes si el delito llega a consumarse por el librador. Otro factor problemático es en referencia a las formas imperfectas de ejecución, ya que si consideramos este delito como formal, teóricamente no serán punibles la tentativa y la frustración,

aunque tal como hemos comprobado las mismas si son posibles.

También observamos que en la autoría mediata, el "extranues" presenta algunos problemas para su incriminación, pues no se cumple sobre él la condición de librador, en especial en el cotitular de una cuenta, siendo una vez más la Ley Cambiaria quién viene a regular tal laguna penal (art. 10 y siguientes).

Es de resaltar la discrepancia doctrinal entre mercantilitas y penalistas que puede entablarse, en cuanto a la posibilidad de haber encubrimiento en este delito por parte de los librados.

Igualmente es de sumo interés el tema del concurso de delitos aplicado al delito de cheque en descubierto, pues el párrafo último del art. 563 bis-b parece ser una cláusula de autodestrucción del propio artículo. Efectivamente, es paradójico que desde la aparición del mismo de una forma autónoma, siempre ha habido en su regulación una remisión a otro delito más grave.

Lo cual es una prueba más de la artificialidad de tal incriminación dentro del Derecho penal, ya que la distinción con la estafa entendemos que no tiene el suficiente fundamento para justificar tal separación de delitos, pues en realidad y en el fondo, en ambos delitos se está protegiendo el mismo perjuicio patrimonial del tomador, aunque se diga jurisprudencialmente que en la estafa el engaño tiene que ser previo a la disposición, y en el art. 563 bis-b no; obsérvese que en el art. 528 C.P. no se menciona de una forma expresa cuando tiene que producirse el engaño. Así mismo piénsese cuantos concursos ideales y mediales se producen por existir la tipicidad del art. 563 bis-b.

Igualmente sucede con el delito de falsificación (art. 303 en relación del art. 302,4 C.P.), ya que el que ordena, manda o firma un cheque consciente de su falta de fondos, está "faltado a la verdad en la narración de los hechos", por lo cual la seguridad del tráfico documental también está protegida. Para redundar sobre los posibles delitos más graves al del cheque en descubierto, en comparación a sus respectivas penas, existe el delito de la apropiación indebida, el cual puede proteger perfectamente los casos del enriquecimiento injusto.

Por lo cual podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis, afirmando que: Dentro de la parte especial del Código penal, entendemos que ya existen los suficientes tipos de delitos que protegen perfectamente tanto el patrimonio en la estafa (art. 528); la seguridad del tráfico documental en la falsedad (art. 302); como la propiedad en la apropiación indebida (art. 535); o en el orden socio-económico el alzamiento de bienes y las quiebras (arts. 519 y 520), todo ello en el caso de ser causado por el uso indebido del cheque u otro título valor semejante.

Análisis 7): La Punibilidad del Cheque en Descubierto.

Hemos comprobado que los diferentes tipos de pena habidos en el delito de cheque en descubierto, siempre ha estado en relación directa con el concepto de Estado que se tenía desde la clase gobernante. Observando que un mayor incremento en su penalización no siempre a causado el efecto intimidatorio esperado, lo cual confirma que su tipicidad no está en concordancia con la sociedad a la que pretende proteger.

Unos de los hechos más problemáticos de la punibilidad del art. 563 bis-b, es que dicho delito no tenga su paralela regulación como falta, lo cual crea unas discriminatorias e injustas situaciones en relación a la estafa por ejemplo, la cual tiene una pena menor al delito de cheque en descubierto si el importe del documento es inferior a treinta mil ptas.

Otro hecho conflictivo en este aspecto es el de su excusa absolutoria, ya que por razones de política criminal no se puede crear una excepción a su punibilidad, que precisamente lo que hace es descalificar la propia creación del delito.

También es de advertir lo confuso de su redacción, pues como puntos conflictivos tenemos el tema de los beneficiarios de la misma, el computo de su plazo, y sus efectos, siendo una vez más la jurisprudencia quién ha tenido que concretar los elementos objetivos y subjetivos de este artículo.

Pero aún entendemos que más criticable es el este tema su absurda responsabilidad civil, pues se rompe con el principio de accesoriedad del art. 19 Cód. penal, ya que por querer desvincular al art. 563 bis-b de cualquier contenido patrimonial, se esta produciendo una innecesaria y perjudicial duplicidad de procedimientos, con el consiguiente retraso Judicial, además de ser un freno para los posibles perjudicados, cuando existen precedentes de que la misma podría ser exigida por la "ex obligatio" derivada del propio delito.

Por lo cual podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis, afirmando que: La punibilidad del art. 563 bis-b es bastante ineficaz y problemática, en especial en su forma culposa, ya que según el actual art. 565 la pena inferior al arresto mayor (realización dolosa) debería de ser el arresto menor, que según el art. 27 es una pena leve sólo aplicable a las faltas, lo que nos obliga a utilizar a la multa en estos casos, la cual siempre será más gravosa para el librador pobre que para el rico, lo que hace que su efecto intimidatorio sea mínimo precisamente a quién más lo usa, situación agravada por su absurda excusa absolutoria, así como por su ilógica responsabilidad civil.

Análisis 8): Cuestiones de Política Criminal sobre el Cheque en Descubierto.

Hacer un análisis de las cuestiones subyacentes sobre política criminal de cualquier delito, sería una labor interminable, por ello en referencia al art. 563 bis-b hemos seleccionado tres temas que nos parecen de especial interés.

El primero de ellos es en referencia al tratamiento penal que ha sufrido el delito de cheque en descubierto en los tres proyectos de reforma del Código penal, en todos se está de acuerdo en modificar el art. 563 bis-b, en dos de ellos, Anteproyectos de 1983 y 1992, en la supresión de tal tipo de delito de una forma autónoma, lo que confirma la falta de consistencia de su bien jurídico.

En el segundo se hace un análisis de las acciones cambiarias y extracambiarias que existen en nuestra legislación mercantil para proteger los intereses del tenedor, lo cual demuestra que dicho documento ya cuenta con unas acciones legales menos traumáticas que la penal del art. 563 bis-b, siendo necesario en realidad sólo un cambio de filosofía bancaria sobre este tema.

En tercer lugar, hemos visto como tanto países del área de influencia del sistema de Ginebra como del anglo-americano, están a favor de la despenalización del cheque en descubierto como un delito autónomo, lo cual confirma que su protección penal no es una cosa tan necesaria como se argumentaba en la exposición de motivos de la Ley 44/1971.

En consecuencia, podemos concluir el análisis de esta parte de la tesis afirmando que: La incriminación de extender o negociar un cheque en descubierto sin ánimo de defraudar, es un proyecto penal que no consigue su objetivo previsto, creando con ello un extraño e innecesario factor de criminalidad y duplicidad de procedimientos que un moderno Derecho penal debería rechazar.

Análisis 9): Regulación alternativa o Supresión del art. 563 bisb

Vistos los resultados de las conclusiones de cada epígrafe tratado, así como los análisis precedentes de cada capítulo desarrollado en esta tesis, en referencia al delito de cheque en descubierto, hemos llegado a la siguiente conclusión final: El art. 563 bis-b debe de ser suprimido de entre los delitos tipificados en el Código penal por todas las razones apuntadas anteriormente, y buscar una regulación alternativa nueva, para proteger de una manera especial y coherente a los títulos valores pecuniarios por su importancia económica.

III) PROPUESTA DE REFORMA SOBRE EL TEMA

Según hemos visto en el Proyecto de 1980, el delito de cheque en descubierto se sacaba de entre los "Delitos patrimoniales" y se emplazaba dentro de los "Delitos contra el orden socio-económico", lo que era lógico si se pretendía proteger a un bien jurídico colectivo como la seguridad del tráfico mercantil [1]. Otra cuestión es su validez, pues a nuestro entender carece de consistencia y es algo impreciso, lo que produce más inconvenientes que ventajas.

Con el Anteproyecto de 1983, también hemos visto como se hacía una distinción entre delitos que atentaban contra bienes jurídicos del "patrimonio" y del orden "socioeconómico". En dicho anteproyecto no se consideró que el bien jurídico de la seguridad del tráfico mercantil fuese algo digno de tutela, por su artificialidad e ineficaz protección autónoma, por ello se despenalizaba totalmente el cheque en descubierto como delito.

Como indicó CESARE PEDRAZZI [2]: "Crear delitos de mera actividad significaría dar vida a figuras delictivas puramente formales, privadas de un contenido lesivo tangible: es el camino seguido por el Código civil italiano que sanciona con frecuencia penalmente la simple violación de normas comerciales, lo que la doctrina ha criticado siempre".

Efectivamente, el Código penal no debe tutelar a comportamientos que el sujeto no pueda o le sean muy difícil de cumplir, ni proteger pautas de conducta que sólo interesen a una clase determinada, ya que la función del bien jurídico es la de poner orden y límites dentro de un sistema legal en beneficio de toda una colectividad [3].

Es decir, "constituir un criterio de estructuración legislativa de acuerdo con esquemas racionales: eliminando por un lado, directices de tutela de escasa relevancia social o históricamente superadas, y ayudando por otro, a salvar las eventuales lagunas, acogiendo las necesidades nuevas y otorgando dignidad jurídica a intereses y valores injustamente olvidados

¹ M. Barbero Santos calificó dicho Título VIII de hipertrofia y falta de claridad, unidad y armonía (pág. 158). En parecido sentido J.M. Stampa Braum "La reforma del Derecho penal económico español", Instituto Estudios Económicos, pág. 24 sgtes.

² Cesare Pedrazzi en "El Bien jurídico en los Delitos económicos" en la obra "La Reforma Penal: Delitos socio-económicos" de Barbero Santos, ed. Dykinson, pág. 295

³ Tratada ampliamente en el capítulo II

por el legislador. Sirviendo de puente entre el derecho penal y la Constitución." [4]

En el reciente Anteproyecto de Código penal de 1992, vemos como en su Título XII se tipifican todo junto los "Delitos patrimoniales y los de contra el orden socioeconómico", lo cual entendemos en nuestra opinión, que no es el sistema técnico más idóneo, pues se está produciendo una confusión entre los bienes jurídicos, ya que los primeros atacan contra bienes individuales, y los segundos contra bienes colectivos.

Su elaboración tal vez se debió para evitar las críticas de los anteproyectos precedentes, o quizás por el convencimiento doctrinal sobre la imposibilidad de considerar como objeto de tutela al "orden económico" entendido en un sentido amplio [5], el cual equivale a la regulación de la producción, distribución y consumo de los bienes y servicios de una sociedad.

Tal como afirma RIGHI [6], del concepto de delitos económicos existe dos clases:

1) En un sentido "estricto": Es la infracción que lesiona o pone en peligro la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía (tanto en casos de intervención anti-crisis; como de las de promoción del desarrollo; protección de la economía de mercado; asignación forzosa de recursos; leyes anti-trus, etc.), por lo que en todos los casos se tutelan bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, aunque indirectamente puedan encontrar también protección los intereses particulares.

2) En sentido "amplio": Está formado por el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico, entendido de la forma que lo he señalado antes. En este sentido los supuestos de tutela son muy variados, afirmándose por la doctrina, que tal noción amplia de los delitos económicos, protegen en primer lugar bienes individuales, resultado imposible distinguir estos delitos de los patrimoniales clásicos.

Por lo que debemos de entender que los delitos de este sentido son propiamente patrimoniales, aunque indirectamente puedan encontrán también protección los intereses colectivos, es

* Cesare Pedrazzi "El bien jurídico.., idem, pág. 281/282

° Miguel Bajo Fernández: "Marco constitucional del Derecho penal económico", en "Comentarios a la Legislación penal", pág.253

* Esteban Righi: "Derecho penal económico comparado", editorial Revista de Derecho Privado, página 320

decir, al revés que los de sentido estricto [7].

Por eso, despenalizado el cheque en descubierto de una forma autónoma, a mi juicio en base a: su inconstitucionalidad; la promulgación de la Ley Cambiaria de 1985; la falta de consistencia y artificialidad de su bien jurídico; de su deficiente y problemática tipicidad; la inconveniencia en apreciar la forma culposa del delito; sus autodestructoras cláusulas de remisión al concurso de leyes y excusa absolutoria; y su ineficaz punibilidad y absurda responsabilidad civil; así como las tendencias modernas del Derecho comparado; y los antecedentes en Anteproyectos Cód. penal.

Es por lo que proponemos otra regulación alternativa nueva al hecho de emitirse un cheque sin fondos.

1) Texto alternativo que se propone

Como consecuencia de haber llegado a la conclusión, en vista de las argumentaciones y pruebas aportadas, de que lo más conveniente en el actual Estado de Derecho español sería la supresión del art. 563 bis-b, y consiguientemente la despenalización del cheque en descubierto como un delito autónomo dentro del Código penal.

No creemos por ello, que tales hechos deberían de dejarse sin una adecuada protección penal, entendiendo que lo más lógico y coherente sería sancionar este tipo de defraudaciones como una circunstancia que agravara la responsabilidad criminal de la estafa. Esto fundamentado en primer lugar, por el perjuicio patrimonial del tenedor, y en segundo, por la importancia de la clase del documento mercantil empleado para tal fin. [8].

Por lo cual de lege ferenda propongo tipificar tales hechos como una circunstancia calificada de estafa, con el siguiente texto alternativo:

Artículo Y: (circunstancias de agravación de la penalidad de la estafa)

Núm. 2: "Cuando se realice mediante letra de cambio, pagaré, cheque o cualquier otro título-valor de pago".

En base a las argumentaciones que a continuación expongo.

7 Esteban Righi, idem, pág. 318

8 Al estilo de las agravantes del art. 10 Cód. penal.

2) Fundamentación de la propuesta

Observamos finalmente, que en el Anteproyecto de 1992 desaparece el delito de cheque en descubierto como un delito autónomo, lo cual corrobora nuestra tesis, y confirma que el bien jurídico de la seguridad del tráfico mercantil protegido por el art. 563 bis-b no es eficaz a nivel penal en abstracto.

En cambio si vemos que se tutela al cheque como una forma cualificada de estafa, pues según el artículo 250,3 de dicho anteproyecto dice:

"Cuando se realice mediante cheque, letra de cambio vacia o negocio cambiario ficticio".

Penalizándose con la pena de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, si el valor de lo defraudado excediere de cincuenta mil ptas., ya que en caso contrario seria una falta según el art. 591,4 de dicho anteproyecto.

Tal forma cualificada de estafa es a mi juicio inadecuada e insuficiente, pues en primer lugar pienso, que con su redacción se crea la confusión sobre si debemos de entender que existe una equivalencia entre la "letra de cambio vacia" = "al negocio cambiario ficticio", o en cambio con la conjunción disyuntiva (o) existe una alternatividad entre los dos conceptos, ya que el negocio cambiario ficticio no tiene por que ser necesariamente a través de una letra de cambio vacia, pero si a veces pueden ser una misma cosa.

En segundo lugar observamos, que si la intención del Legislador es proteger especialmente a los documentos cambiarios, como el cheque, no vemos razones que justifiquen porque no deba de mencionarse expresamente a la letra de cambio y al pagaré. Lo que indica que una vez más se está favoreciendo de sobremanera a los intereses de la Banca, al tipificar el "negocio cambiario ficticio" [*]; así como a los círculos económicos que utilizan la "segunda moneda" mencionada, pues el pagaré igualmente puede ser utilizado en la función económica del cheque, como de la letra de cambio.

Por ello entendemos que es inexcusable su mención, al igual que a la propia letra de cambio con provisión de fondos, es decir, no vacia, pues su importancia económica es sobradamente conocida. El no hacerlo seria volver a discriminar a los diferentes documentos cambiarios, al estilo del desaparecido art. 563 bis-b.

* El cual es una definición inadecuada con la Ley Cambiaria del 85, pues según su Preámbulo, el negocio cambio tiende a ser de naturaleza "abstracta", dejando de ser un negocio causal.

En cuanto a la "letra de cambio vacia", nos sumamos aquí a las críticas que en su momento formuló STAMPA BRAUM, sobre el Anteproyecto de 1980 al decir: "En verdad la letra de cambio, en tanto negocio jurídico abstracto, que no requiere una causa, es siempre una operación real, aunque el librador la extienda 'de favor'; estampada su firma, se es responsable en los términos que formalmente surjan del documento y por razón de un acto jurídico cuya realidad es indudable" [10].

En parecido sentido también se expresa VIVES ANTON [11] al decir: "Salvo que concurren maniobras engañosas que hayan sido la verdadera causa del acto de disposición, el impago de las cantidades obtenidas mediante el descuento bancario de letras 'vacías' constituye un ilícito civil, cuyo castigo como estafa representa una inconstitucional prisión por deudas".

Razonamientos que descalifican tal tipicidad dentro del Derecho penal.

E igualmente puede decirse del "negocio cambiario ficticio", pues que finalidad puede tener el tipificar como delito el simple hecho de librarse letras o documentos financieros o crediticios entre partes, e incluso las letras de colusión, si no se dan los demás elementos de la estafa propia, a no ser que se tipifiquen como una estafa impropia, lo que no es el caso.

En esta línea también se define BAJO FERNANDEZ en referencia a la "firma de favor" de las letras de cambio: "A mi entender, hay que partir de la base de que el firmante de favor asume riesgos voluntariamente y no puede considerarse engañado por el simple hecho de no recibir a tiempo la provisión de fondos." [12]

Efectivamente, así lo reconoce la jurisprudencia en varias de sus sentencias, en cuanto que para que el negocio cambiario ficticio sea delito, hace falta que se produzca la maquinación engañosa y el perjuicio patrimonial que se describe en el art. 528 del Cód. penal. [13]

En mi opinión, el negocio cambiario ficticio es una cosa tan etérea e imprecisa como la seguridad del tráfico mercantil, y

¹⁰ Jose M. Stampa Braum/E. Bacigalupo: "La Reforma del Derecho penal económico español", ed. I.E.C, págs. 16 y sgtes.

¹¹ Tomás S. Vivés Antón (y otros): "Derecho penal" P.E.; editorial Tirant lo Blanch; página 870

¹² Miguel Bajo Fernandez: "Manual de Derecho Penal" P.E.; editorial Ceura; página 186.

¹³ Sentencias T.S. 22-4-80, 2-4-82, 18-9-85, etc.

siendo ello una causa de estafa propia, ya está directamente protegido por el mencionado art. 528.

Con lo cual lamentamos comprobar una vez más, que la regulación de los documentos cambiarios a nivel penal, se efectúa de una forma incompleta y discriminatoria entre ellos, en el caso de que dicho artículo 250,3 llegara a prosperar.

En cambio si observamos, que los títulos-valores pecuniarios o de pago, dentro de nuestro ordenamiento jurídico nunca han gozado de una protección cualificada a nivel penal, a pesar de su importante función económica [14].

Efectivamente, con la Ley Cambiaria y del Cheque de 19/1985 de 16 de julio, mucho se ganó teóricamente sobre la protección de los documentos cambiarios, pero la sombra del defectuoso art. 563 bis-b le restó efectividad. Confiamos que con la derogación de éste, aquella aumentará en importancia y operatividad real, no cayendo como ahora en "letra muerta" alguno de sus artículos.

Pero aun con ello entendemos, que dentro de las infracciones o delitos patrimoniales cabe una tipicidad cualificada en la estafa (sin los defectos apuntados anteriormente del Anteproyecto de 1992), por la que se protejan directamente no sólo los documentos cambiarios, sino los títulos-valores pecuniarios o de pago, como son: las letras de cambio, los pagarés, los cheques, las libranzas, los vales, los certificados de depósito bancario, las obligaciones, los títulos de deuda pública, incluso los propios billetes de Banco, etc.) en base a su importancia económica, todo lo cual sin infringir ningún principio constitucional como lo hace el actual art. 563 bis-b.

En consecuencia consideramos, que dentro del delito de estafa, cuyo bien jurídico protegido es el "patrimonio" [15], es conveniente y posible la creación de una circunstancia que agrave su penalidad, en base al medio o instrumento empleado para ello, como son los títulos-valores de pago, a pesar de que existan algunas opiniones que critiquen el tipificar los fraudes en función de la naturaleza de los medios empleados, pues con estos

¹⁴ En ese sentido lo afirmaba MANUEL BROSETA PONT: "Por medio de los títulos valores (letras de cambio y cheque) se realizan gran parte de las operaciones de los Bancos, de cuya intercepción y mediación en el crédito depende en gran parte la vida económica de la naciones." (Manual de Derecho Mercantil)

¹⁵ Así lo afirma rotundamente la doctrina y en especial José M. Valle Muñiz en su obra "El Delito de Estafa..", ed. Bosch, pág. 102/103: "Debemos concluir que la estafa es una infracción claramente patrimonialista. Que ataca el patrimonio de un individuo o de una pluralidad de individuos..".

criterios no existirían ni las simples agravantes.

Efectivamente, al contrario comprobamos que con el actual art. 529 del Cód. penal, lo que se hace es recoger una serie de circunstancias especiales que agravan la penalidad del tipo básico de la estafa del art. 528, cada una de las cuales lo hace en base a un plus o interés social determinado, añadido naturalmente al interés o bien jurídico básico del patrimonio.

En este caso serían por los títulos-valores de pago, que no son otra cosa según la doctrina mercantilista [¹⁴] que: "Los que incorporan la obligación de pagar una determinada cantidad de dinero en el momento y manera que el propio título expresa".

Si bien es cierto de que no existe en nuestro Código de Comercio una definición legal de los mismos, si hay el convencimiento doctrinal de que sus características básicas son: 1) La incorporación del derecho al documento o legitimación de la posesión. 2) La literalidad del derecho. 3) La autonomía del derecho incorporado.

Los títulos valores de "pago", difieren de entre los de "tradición" y los de "participación", en que en aquellos su contenido normal es llevar incorporado un derecho pecuniario.

Por eso el plus de la penalidad que propongo, viene justificado precisamente porque quien emita un "título-valor" de estas características, crea una apariencia del derecho de que será pagado por ser legítimo, con lo cual quien de buena fe lo adquiera, confiando en esa apariencia y se le induce a engaño con perjuicio patrimonial, debe de ser protegido penalmente, no en base a un bien jurídico etéreo y colectivo como la seguridad del tráfico mercantil, sino real e individual como el de la estafa.

La circunstancia de la agravación viene justificada por la importancia de medio empleado para tal perjuicio patrimonial, es decir, no por la cantidad de lo defraudado, sino por la seguridad y relevancia económica de dicha clase de documentos mercantiles.

De esta manera el nuevo Código penal, y en concreto los delitos de estafa en este tema, no caeran en una hipertrófica casuística de tiempos pretéritos, sino que se irán adaptando a las necesidades y creaciones mercantiles de los tiempos modernos de nuestra sociedad contemporánea, con el convencimiento de que a través de un concreto bien jurídico individual, el patrimonio, se tutelan también otros bienes jurídicos colectivos.

¹⁴ Definición de M. Broseta Pont, *idem*, pág. 569. En parecido sentido Rodrigo Uría: "Derecho Mercantil, pág. 698; F. Vicent Chulia, *idem*, pág. 607. J. Garrigues, *idem*, pág. 730

JURISPRUDENCIA
DESDE 1990 A 1984

AÑO 1990

FECHA: 26-01-90 (N.R. 509)

DOCTRINA: -Elementos integrantes del art. 563 bis-b 1)

-Función del cheque

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de tres delitos, el primero de intrusismo profesional, el segundo de apropiación indebida, y el tercero de cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Los elementos integrantes del delito de cheque en descubierto del núm. 1) del art. 563 bis-b del Cód. penal, según tiene declarado con reinteración esta Sala, son: 1) Librar cheque o talón de cuenta corriente, 2) Que lo sea con cualquier finalidad, 3) Que en la fecha consignada en el documento no exista a su favor, disponibilidad de fondos bastantes, en poder del librado para hacerlo efectivo.... por lo que la entrega del cheque no obedeció a una operación de crédito previamente concertada entre librador y el tomador, sino de pago inmediato de la deuda de sus mandantes, por lo que concurrieron todos los elementos objetivos y subjetivos de este figura delictiva...."

FECHA: 29-01-90 (N.R. 528)

DOCTRINA: -Función del cheque

-Discordancia con la Ley Cambiaria.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia, que le condenó por el delito de apropiación indebida y cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo Sr. D. Siro-Francisco García Pérez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "...El propio extracto de la cuenta demuestra (igual que la declaración antes mencionada) que realmente el cheque no llegó a ser pagado, debido a la falta de disponibilidad -total- de fondos bastantes en la fecha que en él se consigna, el saldo de 9.133.271 ptas. existente al 14-3-84 no descarta aquella insuficiencia -cualesquiera fueren los efectos mercantiles originados por la posterior vigencia del art.

140 de la Ley Cambiaria y del Cheque-, y los datos externos no revelan sino que el acusado conocía la función de pago del cheque y de dicha carencia: el dolo del delito. Por lo que el art. 563 bis-b 1) fue debidamente aplicado".

FECHA: 07-02-90 (N.R. 1291)

DOCTRINA: -Cuestión de competencia cheque por correo.

RESUMEN: En la cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Zaragoza y el núm. 31 de Madrid, para conocer de la denuncia formulada por el supuesto delito de cheque en descubierto, la Sala del T.S. declara competente al Juzgado de Instrucción núm. 31 de Madrid, porque la emisión del cheque y su firma fue en Madrid.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Eduardo Moner Muñoz

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "... Pues una reiterada doctrina de esta Sala, como más reciente Auto de 20-10-86, en los cheques remitidos por carta, es prevalente a efectos de competencia el lugar de su expedición, y no el de su recepción".

FECHA: 16-03-90 (N.R. 2550)

DOCTRINA: -Competencia entre juzgados de instrucción.

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

RESUMEN: Planteada la cuestión de competencia negativa, la Sala resuelve a favor del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Mérida, al que se devolverán las actuaciones elevadas para que proceda a su conocimiento y sustanciación.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Hermenegildo Moya Ménguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "...La existencia de un delito de cheque en descubierto, y no de estafa, cuyo bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil, y que se consuma, por ende, en el momento que se libra y entrega el cheque desprovisto; consecuentemente, este momento y lugar, el de la entrega del cheque o talón, es decisivo para dirimir la competencia de acuerdo con la regla del núm 2 del art. 14 L.E.Cr"

FECHA: 16-04-90 (N.R. 3248)

DOCTRINA: -Nueva filosofía de la postdatación.

-Antecedentes penales para la reincidencia.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de cheque en descubierto, con la agravante de reincidencia, a la pena de tres meses de arresto mayor. El T.S. declara haber lugar al recurso estimado en el motivo tercero, y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito de cheque en descubierto, sin circunstancias, a la pena de dos meses de arresto mayor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "... Ello demuestra que el talón, aunque haya sido entregado antes de la fecha consignada en el mismo, no fue utilizado para garantizar una deuda no exigible, sino para pagar una suma cuya entrega se había demorado indebidamente. Por tanto, el documento no prueba no fuera exigible, sino todo lo contrario. En tales condiciones no cabe pensar en la desnaturalización del cheque, pues este no ha sido convertido en un medio de garantizar una deuda futura con la amenaza penal, sino empleado normalmente como medio de pago, aunque defirido.

b) Las mismas razones explican el rechazo de la alegada falta de dolo. El recurrente estima que este elemento no se ha podido acreditar porque 'el tomador admitió como pago del talón entregado con perfecto conocimiento y aceptación de la falta de cobertura del mismo'

(CDO. SEGUNDO) En el tercer motivo del recurso el recurrente alega que los antecedentes que se han tomado en cuenta en los efectos de su reincidencia se encuentran cancelados. El Ministerio Fiscal apoyó este motivo del recurso. El motivo debe de ser estimado".

FECHA: 14-05-90 (N.R. 3921)

DOCTRINA: -Posibilidad de incriminar al administrador de S.A.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar a la estimación del recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito de libramiento de cheque en descubierto con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro meses de arresto mayor.

PONENTE: Excmo Sr. D. Justo Carrero Ramos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "Lo que arguye el recurrente es que el cheque no corresponde a cuenta corrieinte de su propiedad, sino a la de Fruitval S.A. , entidad de la que era gerente. Aunque sea así, no cambia nada esencial en el relato, pues claro está que la imputabilidad del acto delictivo corresponde a la persona física que extiende el cheque -porque esta investida de esa disponibilidad-, y es responsable de hacer ese libramiento contra la cuenta de la entidad que administra por lo que tiene que conocer la cancelación de esa cuenta con anterioridad".

(CDO. TERCERO) "Concurren todos los elementos tipificadores del precepto penal aplicado, libramiento del cheque, carencia de fondos, vencimiento y protesto, y conciencia de tal descubierto y acto deliberado de girar el documento. El autor es el procesado que no podía ignorar su responsabilidad, dado que hay había sido condenado anteriormente por ocho delitos del mismo artículo".

FECHA: 14-09-90 (N.R. 6935)

DOCTRINA: -Justificación del porque de su responsabilidad civil.

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad.

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de cheque en descubierto, a la pena de cuatro meses de arresto mayor; absolviéndole del delito de estafa del que se le acusaba, absolviendo asimismo a un tercero de la responsabilidad civil subsidiaria que se le imputaba. El T.S. declara no haber lugar al recurso.

PONENTE: Excmo Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "...Por no aplicación de lo dispuesto en los arts. 19, 101 y siguientes del C. penal, ha sido ya resulta por esta Sala en múltiples resoluciones coincidentes todas ellas en afirmar que la indemnización civil en términos generales en los supuestos de los delitos de cheques en descubierto, es improcedente por no existir perjuicios reales derivados del delito, ya que presupone un crédito anterior a su expedición,... en que podrá reclamar ejercitando las acciones civiles oportunas derivadas del negocio jurídico existente entre las partes, pues el delito de cheque en descubierto, por el que ha sido condenado el recurrente, no genera otros perjuicios en orden a la responsabilidad civil que los gastos de protesto, ya que estamos ante un delito de carácter formal que atenta contra la seguridad del tráfico mercantil, que es fundamentalmente

protege, careciendo de contenido patrimonial.."

FECHA: 26-09-90 (N.R. 7272)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Naturaleza de los títulos valores

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de dos meses y un día de arresto mayor. El T.S. declara no haber lugar al recurso.

PONENTE: Excmo Sr. D. Eduardo Moner Muñoz

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) Apartándose de lo que constituye la esencia del motivo elegido, fundamenta el mismo en la no vulneración del bien jurídico protegido por la figura del delito de cheque en descubierto, y que no es otro que la 'circulación fiduciaria de este título, la seguridad, normalidad y estabilidad del tráfico mercantil'.

Por la propia naturaleza de los títulos valores, se produce en ellos, una incorporación del derecho al documento, llevándose así a cabo las consecuencias de la literalidad y autonomía....tal incorporación es total y absoluta, pues el librado sólo está obligado al pago, si el título está, como exige el párrafo segundo del art. 108 de la Ley Cambiaria, 'regularmente emitido', y ninguna irregularidad mayor que la del libramiento por parte de quien exclusivamente no es titular de la provisión, ni del título valor que legitima para girar sobre la misma. Por consiguiente, aun cuando tal documento no tuviese en un aspecto estrictamente formal y en el ámbito del cheque mercantil la cualidad de cheque, ello no obsta a la aparición de la figura delictiva que precisamente sanciona la vulneración de la seguridad, normalidad y estabilidad del tráfico mercantil fiduciario.."

AÑO 1989

FECHA: 21-04-89 (N.R. 3487)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Argumentación para distinguir el delito de cheque en descubierto del de la estafa.

RESUMEN: La Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de estafa del art. 528, concurriendo la agravante específica 7 del art. 529, ambos del C.P., a la pena de seis meses de arresto mayor. El T.S. desestimó el recurso de casación.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "El delito de cheque en descubierto, constituye una infracción contra la seguridad del tráfico mercantil, mientras que, la estafa, es un delito patrimonial o contra la propiedad; y en el primero, el perjuicio es anterior al nacimiento o dación del cheque y, por consiguiente, el impago del mismo, no es la causa desencadenante del perjuicio patrimonial antedicho, aunque, el tenedor legítimo vea esfumarse su fundada esperanza de cobrar un legítimo crédito, mientras que el mismo cheque, librado con finalidad defraudatoria, no se diferencia en nada del delito de estafa, siendo el engaño o el resorte estimulador que vicia el consentimiento de la contraparte y la determina a realizar una prestación, la ficción de solvencia que entraña el libramiento del cheque, y siendo consecutivo, a esa ficción, el perjuicio patrimonial, el cual es originado o generado, causalmente por el libramiento y dación del cheque, cheque, para cuyo pago carece de fondos el librador, en poder del librado, para que pueda ser atendido en el momento de su presentación y vencimiento".

FECHA: 21-04-89 (N.R. 3497)

DOCTRINA: -La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad.

-Justificación del porque de su responsabilidad civil.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, la cual absolvió al procesado del delito continuado de apropiación indebida o subsidiariamente de estafa que se le imputaba y le condenó como autor de un delito de cheque en descubierto, a la pena de tres meses de arresto mayor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz de Palos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) ""En efecto, al absolver del delito de apropiación indebida interesado por ambas acusaciones y del delito de estafa, subsidiariamente solicitado por la particular, y condenar tan sólo por el delito continuado de cheque en descubierto del art. 563 bis-b (1 del Cód. penal, es sobradamente conocido que así, como los dos primeros delitos, en cuanto delitos de resultado producen un perjuicio, que es preciso indemnizar, el delito de cheque en descubierto que no se medio para cometer estafa, sino un delito autónomo y per se del precepto citado, es de mera actividad, ajeno a la relación causal, productora del perjuicio que ya se ha producido, cuando se entrega el cheque sin cobertura (pago de deuda preexistente como más típico), lo que impide que este delito sea título de indemnización."

FECHA: 16-05-89 (N.R. 4207)

DOCTRINA: -Competencia entre Juzgados de Instrucción

-Tipo de naturaleza jurídica = mera actividad

RESUMEN: Cuestión de competencia negativa planteada entre los Juzgados de Instr. núm. 21 de Barcelona y núm 7 de Zaragoza. La Sala resuelve la cuestión en favor del Juzgado de Barcelona.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "Procede resolver la presente cuestión negativa de competencia atribuyendo ésta-conforme aal núm. 2 del art. 14 de la L.E.Cr.- al Juzgado de Barcelona, y no al de Zaragoza, pues el delito de cheque en descubierto, es de mera actividad y se comete con la entrega del mismo y en el lugar de ésta, y no en el del libramiento o en el de presentación.."

FECHA: 29-05-89 (N.R. 4268)

DOCTRINA: -Prescripción de la acción penal.

-No se considera delito cuando el CH es utilizado como un instrumento de crédito._

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó a J.T.V. y Rafael G.R. como autores de un delito de cheque en descubierto a la pena individualizada de 50.000 ptas. de multa. A Rafael como autor de un delito de cheque en descubierto a la pena de 50.000 ptas. de multa, a si mismo condenó a ambos procesados como autores de un delito de estafa en cantidad de notoria importancia, a la pena de

dos años de prisión menor a cada uno.

El T.S. declara haber lugar el recurso interpuesto por Juan T.V. y dicta segunda sentencia, en la que le absuelve de los delitos de cheque en descubierto y de estafa en cantidad de notoria importancia de los que venía acusado, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. OCTAVO) "El art. 157 de la Ley 19/85, Cambiaria y del Cheque, establece que las acciones que correspondan al tenedor contra los endosantes, el librador, y los demás obligados, prescriben a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación. No cabe la menor duda que el plazo de prescripción aquí establecido afecta exclusivamente a las acciones que nacen del cheque en el ámbito civil. Para nada habla el art. citado de las acciones penales que puedan ser pertinentes. Corresponde al Derecho penal regular la prescripción de las mismas, como efectivamente como hace el Código penal, en los arts. 113 y 114, que no pueden estimarse derogados ni modificados por la Ley Cambiaria y del Cheque, cuyo ámbito propio es el de las relaciones mercantiles y civiles derivadas de la utilización de dichos instrumentos mercantiles. El motivo en suma carece de todo fundamento y debe de ser desestimado".

(CDO. DECIMO) "La jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo, para apreciar la comisión del delito de cheque en descubierto, que exista una finalidad de pago u otra lícita y consecuente con lo que constituye la propia naturaleza del cheque, habiéndose excluido del tipo los cheques entregados con fines crediticios, como ocurrió en el presente caso, en el que el procesado Juan T. accedió a librar dos talones contra su cuenta corriente en el Banco X 'pese a la insuficiencia conocida de montante económico', atendiendo, la propuesta que le hizo el otro procesado. Consiguientemente debe estimarse este motivo".

FECHA: 24-11-89 (N.R. 8722)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Argumentación para distinguir el delito de cheque en descubierto del de la estafa.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado, contra sentencia de la Audiencia que le condenó por delito continuado de estafa.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "La jurisprudencia a diferenciado el delito de cheque en descubierto, afectante a la seguridad del tráfico mercantil, y sin exigencia de un propósito defraudatorio, del propio delito de estafa, en el que la ficción o apariencia de solvencia que entraña la emisión del cheque, va encaminada, como instrumento o resorte estimulado, a viciar la voluntad o el consentimiento de otra persona, consiguiendo de tal modo la entrega de una cosa o la efectuación de una prestación que de otra suerte no hubiera realizado, acusándose una relación o nexo de causalidad entre la emisión fraudulenta del cheque en descubierto y el desplazamiento patrimonial producido, evidenciándose el ardid defraudatorio y de ilícito lucro que presidio la actuación del sujeto activo de la estafa, infracción que absorbe el delito contra la seguridad del tráfico mercantil."

FECHA: 07-12-89 (N.R. 9510)

DOCTRINA: -La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad.

-Distinción con la estafa

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó a varios como autores de un delito continuado de estafa, concurriendo en uno la agravante de abuso de confianza a la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, a dos de ellos a la de un año de prisión menor, y suspensión del derecho de sufragio y del oficio de banquero por el tiempo de la condena a todos ellos. El T.S. declara no haber lugar a todos ellos.

PONENTE: Excmo Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. DECIMOTERCERO) "El rechazo de los motivos tercero, cuarto, y quinto, también residenciados en el número 1 del art. 849 de la L.E.Cr., responde a la inconsistencia de sus confusas alegaciones y razonamientos sobre el delito de cheque en descubierto (art. 563 bis-b del Cód. penal) que ni ha sido aplicado por el Juzgador 'a quo' ni puede tener preferencia frente al delito de estafa, pues sus alcances respectivos son muy distintos, y así las infracciones criminales de cheque en descubierto son de naturaleza formal, y consecuentemente, carecen de aplicación cuando el uso del talón de inserta en la operación engañosa que produce el enriquecimiento propio gracias al perjuicio ajeno, materializado en la disposición que la víctima, movida por el engaño, realiza a favor del defraudador".

AÑO 1988

FECHA: 02-02-88 (N.R. 844)

DOCTRINA: -No se considera delito cuando el CH es utilizado como un instrumento de crédito.

RESUMEN: Condenado como autor de un delito de cheque en descubierto, con la agravante de reincidencia, a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, recurrió en casación, alegando el motivo que se estudia en los fundamentos.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Como con tantísima reiteración ha venido declarando este Tribunal, cuando el documento bancario se entrega como instrumento de crédito de una operación de esta naturaleza previamente concertada entre librador y el tenedor o como simple prueba de pago diferido, se produce una desnaturalización del título, de manera que el impago al tiempo de su presentación al cobro por falta de provisión es atípico".

FECHA: 09-04-88 (N.R. 2760)

DOCTRINA: -Competencia entre Juzgados de Instrucción = Localidad donde los CHs fueron librados.

-Bien jurídico protegido = La seguridad del tráfico jurídico-mercantil.

RESUMEN: Cuestión de competencia entre los Juzgados de Tudela y de Colmenar Viejo. La Sala dirime la cuestión en favor del Juzgado de Tudela.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "La solución difiere o puede diferir, según se trate de un delito de estafa en el cual el talón o cheque ha sido el instrumento utilizado para el desplazamiento patrimonial o de un delito del art. 563 bis-b del Cód. Penal en el que el bien jurídico protegido se centra fundamentalmente en la protección del tráfico jurídico-mercantil.

En este segundo, caso el delito ha de entenderse cometido en la localidad donde el talón o talones fueron librados con constancia de la falta de fondos y es allí donde ha de residenciarse la competencia".

FECHA: 03-05-88 (N.R. 3457)

DOCTRINA: -No se considera delito cuando el CH es utilizado como un instrumento de crédito._

-Bien jurídico protegido = La seguridad del tráfico jurídico-mercantil y la credibilidad del cheque.

-Se considera que la forma tipificada en el art. 563 bis-b, 1 es dolosa.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de falsedad en documento privado del art. 306 en relación con el 302 núms. 1 y 9 y de un delito continuado de cheque en descubierto del art. 563 bis-b todos del C.P., con la agravante de reincidencia, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor por el delito de falsedad y a la de dos meses y un día de arresto mayor por el delito continuado de CH en descubierto.

El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito continuado de CH en descubierto, sin circunstancias, a la pena de dos meses de arresto mayor, absolviéndose del delito de falsedad.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. CUARTO) "Como es notorio por repetidísimo la "ratio essendi" del precepto consignado en el art. 563 bis-b del C.P., es la necesidad de proteger el tráfico mercantil robusteciendo el valor y la credibilidad del cheque, tratando de evitar mediante la amenaza penal, el que el librador expida tales documentos 'sabiendo' que en la fecha consignada en los mismos carecerá de disponibilidad en poder del librado para que puedan ser hechos efectivos, de ahí, que esta Sala haya venido declarando que no puede entenderse cometido el delito cuando por convenio de las partes haya quedado desnaturalizada la función específica del cheque como acontece cuando en vez de ser entregados con fines solutorios son entregados como un simple instrumento de crédito, siendo una prueba de que ello aconteció así, cuando se entregan ante o postdatados existiendo un largo lapso de tiempo entre la fecha de la entrega y las consignadas en el documento".

FECHA: 24-10-88 (N.R. 8390)

DOCTRINA: -No se considera delito cuando el CH es utilizado como un instrumento de crédito.

-La estafa requiere que el engaño sea determinante del desplazamiento patrimonial.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el acusador particular contra la sentencia de la Audiencia, que 'absolvió' al procesado de los delitos de estafa (art. 528) y cheque en descubierto (art. 563 bis-b) de los que era acusado.

PONENTE: Excmo. Sr. Francisco Soto Nieto

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. CUARTO) "Se precisa para la consumación del delito de estafa, configurado en el art. 528 del C.P., como elemento básico configurador, un engaño precedente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa... Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos.. determinante del desplazamiento patrimonial que le subsigue.

No se aprecia por parte del encausado la falacia o insidiosa maquinación de arranque o inicial, capaz de torcer la voluntad de la contraparte; en cualquier caso, un dolo subsequens situaría el comportamiento en el plano puramente civil (S. 7-4-87): no todo incumplimiento de una obligación civil puede criminalizarse, máxime si aquél sobreviene por causas posteriores.

"Igualmente ha de dejarse constancia de que en aquellos supuestos en los que entre la fecha real de emisión o dación de un cheque y la estampada en dicho título valor, existe apreciable distancia temporal, deviene inaplicable el art. 563 bis-b del C.P., ya que en tales caso, se subvierte la función económica del cheque, que de instrumento de pago inmediato y un equivalente del dinero, se convierte en instrumento de crédito o de pago diferido; así lo sostiene una persistente jurisprudencia, tales como las Ss. 21-1-85; 28-11-86; 30-4-87 y 25-1-87 (por citar entre las recientes)".

AÑO 1987

FECHA: 10-02-87 (N.R. 1226)

DOCTRINA: -Distinción con la estafa

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia que le condenó por delitos de estafa y cheque sin fondos.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Marino Barbero Santos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. CUARTO) "El motivo tercero se interpone al amparo del art. 849, 1 de la L.E.Cr., por infracción del art. 563 bis-b del Cód. penal, y la jurisprudencia que lo interpreta, que no se cita. El recurrente argumenta que 'si se considera que se cometió el delito de estafa', la entrega de un talón posterior sin fondos por la cantidad obtenida no sería más que la rubrica de la intención del engaño, es decir, de la estafa, que no puede calificarse de nuevo.

Hay estafas, sin duda, que se constituyen por la entrega de un cheque sin cobertura -sentencias 7-3 y 24-9-86-, pero en el presente caso la entrega de tres talones sin fondos se verifica, como el propio recurrente reconoce, con posterioridad a la perfección del delito de estafa. Se trata, pues de comportamientos delictivos distintos, por lo que el motivo no puede prosperar".

FECHA: 30-04-87 (N.R. 3048)

DOCTRINA: -Los cheques postdatados no tiene protección penal

RESUMEN: Condenado S.M.M. como autor de un delito de cheque en descubierto, a la pena de multa de 20.000 ptas., recurrió en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho. El T.S. declara haber lugar al recurso, absolviéndolo

PONENTE: Excmo. Sr. D. Marino Barbera Santos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "El motivo tercero por infracción de ley, al amparo del núm. 1 del art. 563 bis-b del Cód. penal, por aplicación indebida, ya que el talón entregado el 28 de septiembre estaba fechado el 20 de octubre de 1981.

Esta Sala sostiene de manera constante que el cheque pierde su protección penal cuando sustituida su función propia de instrumento de pago, por voluntad de las partes se transforma en

título de crédito, como ocurre cuando el tomador accede a que el librador estampe en el cheque una fecha distante 23 días del día de emisión. Pues en este caso su falta de abono, significaría un retorno, dar nueva vida a la fenecida prisión por deudas."

FECHA: 06-05-87 (N.R. 3013)

DOCTRINA: -Distinción con la estafa

RESUMEN: Condenado el procesado como autor de un delito de estafa del art 528 del C.P., a la pena de tres meses de arresto mayor, recurrido en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho. El T.S. declara no haber lugar al recurso

PONENTE: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "...Según el cómputo más amplio, el 20 de enero de 1981, tal consecuencia queda desvirtuada por el oficio de la entidad librada, aportado por el mismo recurrente a los autos, según el cual, el saldo de que se trata en el periodo de tiempo referido sólo era en apariencia suficiente para el pago de dicho talón, pues el saldo se encontraba retenido desde día 17-1-81, por consecuencia de otro talón de importe 930.000 ptas. librado contra la misma cuenta, y al que se había dado conformidad telefónica. Es decir, que si en la fecha de creación del título valor de que se trata no había fondos bastantes -según se exige a efectos penales- y antes de vencer el plazo de presentación la posibilidad de provisión fue bloqueada por el propio recurrente emitiendo un talón por cantidad muy superior al de autos, es obvio que no se da el apoyo documental pretendido por el recurrente para su tesis".

FECHA: 25-06-87 (N.R. 5010)

DOCTRINA: -Competencia entre juzgados de instrucción

-Posibilidad de incriminar al administrador de S.L.

RESUMEN: En la cuestión de competencia planteada entre los Juzgados de Instrucción núm. 5 de Málaga y el núm 3 de Valencia, para conocer de denuncia por cheque en descubierto formulada por DRHC contra el Administrador de la Entidad R., S.L. la Sala acuerda dirimir la cuestión en favor del Juzgado de Valencia.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "...En el sentido de que el libramiento y la entrega del efecto se realizó en Valencia, a de llegarse a la conclusión de que no consta con la suficiente claridad y precisión el lugar de la comisión del delito -que

seria en su caso el lugar de libramiento, según constante doctrina de esta Sala— por lo que, en la imposibilidad de aplicar lo dispuesto en el art. 14, 3 de la L.E.Cr. se está en el supuesto que preve el art. 15 de la misma Ley, cuya regla primera atribuye la competencia al Juez del Partido en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito, que, en el presente caso, no es otro que Valencia".

FECHA: 03-07-87 (N.R. 5155)

DOCTRINA: -Competencia entre juzgados de instrucción

-Posibilidad de inculpar al administrador de S.L.

RESUMEN: En la cuestión de competencia suscitada entre los Juzgados de Instrucción núm 3 de Valencia y el núm. 5 de Málaga, para conocer de denuncia por delito de cheque en descubierto imputado al legal representante de la entidad T.,S.L. la Sala dirime en favor del Juzgado de Instrucción núm 3 de Valencia

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "Procede resolver la cuestión de competencia, reconociéndosele al Juzgado de esta segunda ciudad, por ser ahí donde han aparecido esas primeras pruebas materiales a que se refiere subsidiariamente el núm. 1 del art. 15 de la L.E.Cr."

FECHA: 15-09-87 (N.R. 6352)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-El cheque postdatado no goza de protección penal.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el procesado, contra sentencia de la Audiencia que le condenó por delito de cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José María Morenilla Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: CDO. TERCERO "Y aunque en el resultado examinado, no se determina la fecha de libramiento de los cheques tampoco consta en aquél, ni que esa fecha fuera distinta de la consignada en el cheque, ni que la entrega de los tres cheques se realizara en un solo acto, por lo que no puede inferirse sin modificar el factum, de la sentencia que los cheques fueron postdatados y, por tanto, que en el lugar de emitirse un medio de pago inmediato adornado de los requisitos extrínsecos que

determina la legislación mercantil para este título valor, lo fueron como instrumentos de crédito o de pago diferido, con la consecuencia en el ámbito penal, de que solo los primeros vienen protegidos con la amenaza de una pena para el caso de impago establecida por el legislador en aras de una mejor protección de la seguridad del tráfico mercantil".

FECHA: 07-10-87 (N.R. 7253)

DOCTRINA: -La Exposición de Motivos de la Ley 1971 en favor de la supresión de la forma culposa del art. 563 bis-b.

-Posibilidad de apreciarse la reincidencia.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el procesado, contra la sentencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por delito de libramiento de cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "El acusado con perfecto conocimiento de que la cuenta contra la que extendió el talón que entregó al perjudicado carecía de fondos para hacer frente a su pago, lo firmó y entregó en la fecha antes dicha, con lo que, de un lado se orilla la problemática de los cheques antedatados y postdatados, y de otro, cobra vida -en su forma dolosa- el elemento culpabilista de este delito, irrenunciable según el párrafo segundo del art. primera del código penal, tras su reforma por la Ley 8/1983 de 25 de junio, y al margen de que la nueva redacción debida a la Ley de 15 de noviembre del 71 -la misma que la trasladó desde el ámbito de las defraudaciones hasta el nuevo capítulo noveno bis del título XIII del libro II- suprimiera la expresión 'a sabiendas', con lo que si bien algunos autores estimen que se ha producido una cierta objetivación, lo único conseguido es que vuelva por la puerta trasera aquella comisión culposa contra la que se pronuncia la propia Expresión de Motivos de la repetida Ley de 1971"

"(CDO. SEGUNDO) "La misma suerte desistimatoria corre el segundo motivo del recurso que, con igual cede procesal, denuncia la aplicación indebida de la circunstancia 15a del art. 10 del Cód. penal, en relación su con artículo 118".

FECHA: 25-11-87 (N.R. 8606)

DOCTRINA: -Los cheques postdatados no tienen la protección penal

-No es delito el cheque en función de garantía o crédito

-Distinción entre el error de tipo y el de prohibición

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito continuado de cheque en descubierto y otro de imprudencia temeraria con resultado de falsedad en documento público, a las penas de un mes y un día de arresto mayor, por el primer delito, y de tres meses de arresto mayor y 7.500 ptas, por el segundo. El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que absuelve al procesado del delito continuado de cheque en descubierto, del que era acusado y le condena como autor de un delito de falsedad documental por imprudencia simple con inflación de reglamentos, a la pena de un mes y un día de arresto mayor, con todos lo demás compatible.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Fernando Díaz Palos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Es doctrina firmemente asentada que el cheque en descubierto tan sólo merece la protección penal que se le dispensa en el art. 563 bis-b C.P. cuando hay sido entregado como instrumento de pago y no cuando las partes, desvirtuando voluntariamente su verdadera naturaleza lo hayan transformado en un instrumento de crédito o de garantía, cual ocurre con el llamado cheque potsdatado, pues si bien a declarado esta Sala que no excluye por si sola la antijuricidad del delito, una breve a razonable postdatación, cuando se prueba que la misma, sea cual fuere la disonancia cronológica entre la fecha real de libramiento y la de su estampación en el documento, obedece a la utilización del cheque como garantía de una operación subyacente de que crédito concedido al librador por el tomador, estaremos, como se ha dicho, fuera del ámbito punitivo en el que ser injerta esta figura delictiva, lo que ocurre, de manera destacada, cuando se libran una pluralidad de cheques, en un mismo acto, escalonando sus libramientos como garantía de una obligación contraída por el librador, pues en tal caso los cheques así girados asumen, tomados en su conjunto una función de crédito otorgado por acuerdo de acreedor y deudor, más propio de la letra de cambio que del cheque, sin que pueda argumentarse que los primeros de estos cheques integrados en la cadena de ellos con esa finalidad de garantía, por ser su potsdatación más breve que la de los restante de la serie son constitutivos de delito, pues dicho queda que unos y otros están emitidos con igual finalidad crediticia, y no de pronto pago".

(CDO. OCTAVO) "...Si bien ya antes de la repetida reforma, comenzó a distinguir, más de acuerdo con la doctrina científica imperante entre error sobre el tipo y error de prohibición, distinción esta más precisa que la anterior tradicional, puesto que el error de tipo puede recaer sobre cualquiera de los elementos descriptivos o valorativos y normativos en él contenidos, en tanto que el de prohibición se constriñe a la falta de consciencia de la antijuricidad. Y por lo que se refiere a la falsedad documental por imprudencia, tras la polémica

doctrina que el tema provocara, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por denegar tal posibilidad en los casos en que el tipo reclama una ánimo especial, denotador del dolo, permitiéndola en los demás casos singularmente si de la falsedad ideológica o intelectual se trata".

FECHA: 04-12-87 (N.R. 9543)

DOCTRINA: -El cheque postdatado no goza de protección penal

-Distinción con la estafa

RESUMEN: Absuelto José B.B. de los delitos de estafa y cheque en descubierto por los que era acusado, la representación del querellante recurrió en casación alegando los motivos que se estudian. El T.S. declara no haber lugar al recurso.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "... Para que así ocurra, que medie el engaño, como causa determinante del consentimiento prestado por el perjudicado y como se acaba de decir, tal engaño no aparece reflejado en el relato fáctico de la sentencia recurrida del que tan sólo aparece que el perjuicio sufrido por el denunciante a causa del impago, o incumplimiento por el comprador de su obligación de pagar el precio convenido, fue debido a un exceso de credulidad o de confianza por parte del denunciante quien aceptó un aplazamiento en el pago del precio, cual era el correspondiente al tiempo transcurrido desde la fecha de celebración del contrato y entrega del ganado, hasta la consignada en el cheque postdatado que, por serlo dejó de gozar de la protección penal otorgada al cheque cuando se utiliza como instrumento de pago, pero no cuando queda desnaturalizado y convertido en un mero título de crédito, como tan reiteradamente tiene declarado este Tribunal.."

AÑO 1986

FECHA: 24-01-86 (N.R. 179)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Distinción con la estafa

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado, como autor de un delito de estafa del art. 528 en relación con el 529, 7 ambos de C.P. en cuantía 602.204 ptas. con la concurrencia de la circunstancia específica muy cualificada de especial gravedad atendido el valor de la defraudación a la pena de dos años de prisión menor. El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito de estafa consumado, por la misma cuantía, concurriendo la circunstancia agravatoria específica de especial gravedad a, la pena de 5 meses de arresto menor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Benjamín Gil Sáez

FUNDAMENTO DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "Los requisitos configuradores del tipo penal definido autenticamente como estafa en el párrafo primero del art. 528, invocado como infringido, consistentes: a) En el subjetivo del engaño y simulación desplegada, en cuanto elemento doloso, unido al ánimo de lucro opera como subjetivo de los injusto...; b) En el objetivo representado por el perjuicio patrimonial ocasionado...; c) El nexo causal directo que, aliando el engaño idóneo y suficiente utilizado.... Sentada la precedente tipicidad delictiva, no cabe sustituirla por la invocada en el recurso de cheque en descubierto del art. 563 bis-b, por cuanto la prevista en este no requiere, ni persigue el propósito defraudatorio, sino tan solo la intención -con cualquier finalidad- de formalizar y entregar un talón bancario conociendo la existencia de fondos bastantes en poder del librado, siendo el bien jurídico protegido la seguridad del tráfico mercantil."

FECHA: 01-03-86 (N.R. 1103)

DOCTRINA: -Competencia entre Juzgados de Instrucción

RESUMEN: En la cuestión de competencia planteada entre los Juzgados de Instrucción núm 15 de Valencia y el núm. 21 de Madrid, para conocer del supuesto delito de cheque sin fondos,

acuerda declarar competente al Juzgado de Instrucción de Madrid

PONENTE: Excmo. Sr. D. Fernando Cotta y Marquez de Prado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Según doctrina sentada constantemente por este Tribunal, el delito de cheque en descubierto objeto del art. 563 bis-b del C.P. se comete en el lugar donde los talones se entregan, abstracción hecha de la localidad en que se libran y de la plaza correspondiente a la entidad en que se encuentre la cuenta contra la que se giran".

(CDO. SEGUNDO) "Del mismo modo en doctrina proclamada también con reiteración de esta Sala, la de que, no estando perfectamente determinado el lugar donde se entrega un talón sin fondos, hay que acudir a las reglas del art. 15 de la L.E.Cr."

FECHA: 25-03-86 (N.R. 1694)

DOCTRINA: -No se considera delito cuando el CH es utilizado como un instrumento de crédito.

-La estafa requiere que el engaño sea determinante del desplazamiento patrimonial.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por quebrantamiento de forma e infracción de ley, interpuesto por el procesado, contra la sentencia de la Audiencia en causa que se le siguió por estafa y cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel Garcia Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "... Y denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 528 del C.P. alegando el recurrente, como fundamento de su tesis que no todo incumplimiento de una obligación civil puede criminalizarse, y ello es cierto siempre que probada la buena fe inicial el incumplimiento hubiera sobrevenido por causa posterior e independiente de la voluntad del deudor, pero no lo es cuando el negocio civil, aparentemente lícito, constituye el señuelo o el medio engañoso utilizado para producir error en la otra persona con la que se contrata induciéndola a realizar un desprendimiento patrimonial del que se beneficia la otra parte contratante"

(CDO. QUINTO) "Que si bien es cierto, como se afirma por el recurrente que esta Sala ha declarado que el cheque tan solo merece la protección penal que se le dispensa en el art. 563 bis-b del C.P. cuando haya sido entregado como un instrumento de pago y no cuando las partes, desvirtuando voluntariamente su verdadera naturaleza lo hayan transformado de título valor en título de crédito..."

FECHA: 26-03-86 (N.R. 1697)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-El cheque postdatado no goza de protección penal.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el acusado, contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito de apropiación indebida, a la pena de un año de prisión menor y como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, a la pena de tres meses de arresto mayor y al pago de las costas procesales, absolviéndole del delito de alzamiento de bienes de que era acusado, con declaración de oficio de las costas correspondientes.

PONENTE: Excmo Sr. D. José Moyna Ménguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "El segundo motivo de fondo arguye la infracción del art. 563 bis-b del C.P. con fundamento en que los talones bancarios eran postdatados y por tanto, desnaturalizados como medio de pago, pero no hay base alguna en el hecho probado para llegar a dicha conclusión e inequívocamente se desprende el relato que fueron entregados como medio de pago en la fecha de la emisión -debe suponerse por no aparecer otra alguna-, y aunque existiera un breve o discreto plazo de postdatación no hubieran perdido su función de pago y adquirido la función crediticia que alega el recurrente, talones que al estar desprovisto o carente de cobertura consumaron un atentado con la seguridad del tráfico mercantil, que se protege en el precepto citado. No da lugar el motivo interpuesto".

FECHA: 13-05-86 (N.R. 2460)

DOCTRINA: -Distinción con la estafa

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito continuado de cheques sin fondos, a la pena de 20.000 ptas. de multa. Contra la anterior resolución la acusación particular recurrió en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Mariano Gómez de Liaño y Cobaleda

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "La distinción entre la estafa y el cheque en descubierto descansa, principalmente, en que en este último delito no concurre el engaño como causa defraudatoria, mientras -que en la estafa es un requisito imprescindible para el mismo....De los hechos probados aunque se desprende la existencia de relaciones comerciales entre

querellantes y querellado, lo único que se deduce es la extensión de tres cheques para el pago de mercancía, que no fueron abonados, uno de ellos por haberlo ordenado el procesado y los otros dos por inexistencia de fondos, sin que pueda sostenerse que las mercancías fueran entregadas mediante engaño".

FECHA: 09-06-86 (N.R. 3129)

DOCTRINA: -Competencia entre Juzgados de Instrucción

RESUMEN: El T.S. dirime la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Valencia.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Ramón Montero Fernandez-Cid

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "Procede resolver la cuestión de competencia estimando en principio competente de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 14 y 15,1 de la Ley E.Cr. al Juzgado de Instrucción núm 11 de Valencia, al ser donde se hallaban las pruebas o cuerpo del supuesto delito..."

FECHA: 20-10-86 (N.R. 5709)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Cuestión de competencia cheque por correo.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: La Sala resuelve la cuestión negativa de competencia planteada entre el Juzgado de Instrucción de Vinaroz y el núm. 3 de los de Badajoz, para conocer de denuncia formulada por R.M.M. contra JM. G.R. por supuestos delitos de cheque en descubierto, a favor del Juzgado núm. 3 de los de Badajoz.

PONENCIA: Excmo. Sr. D. José Moyna Ménguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Este Tribunal en resoluciones cuya cita sería prolija, y los autos del 10-7-81, 20-12-84, 21-10-85 y 13-12-85 pueden ser un ejemplo, ha declarado que en los delitos de cheque en descubierto, puesto que se trata de infracciones de mera actividad cuya precepción o consumación se produce tan pronto el agente da o entrega al tomador el efecto con la conciencia de carecer de fondos suficientes en poder del librador para que se atienda, debe de entenderse como lugar del delito, a los fines del núm. 2) del art. 14 de la L.E.Cr., aquel donde el cheque se emitió o giró, entregándole una vez suscrito al tomador".

CDO. SEGUNDO "...Lo cual favorece la tesis del denunciado, e inclina, en definitiva, al resolver la cuestión negativa de competencia suscitada a favor del Juzgado núm. 3 de los de Badajoz, porque en el cheque remitido por carta es el lugar de expedición y no el de recepción el prevalente a efectos competenciales".

FECHA: 29-10-86 (N.R. 5762)

DOCTRINA: -Presupuesto de titularidad sobre cuenta propia.

-Posibilidad de inculpar al representante legal

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad.

RESUMEN: Condenado como un autor de un delito de emisión de cheque en descubierto a la multa de 20.000 ptas., recurrió en casación, alegando el motivo que se estudia en los fundamentos.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Todos los tipos comprendidos en el art. 563 bis-b del Cód. penal, aunque en él no se diga expresamente, están concebidos sobre el presupuesto de una titularidad sobre cuenta propia, no obstante lo cual, la Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones, del supuesto de cheques emitidos contra cuenta ajena por apoderados o representante, con firma reconocida y facultades para librar cheques con cargo o cuenta de otro, en los que concurrían todos los elementos integrantes del tipo delictivo y, entre ellos, el conocimiento por parte del apoderado o representante de que en la fecha consignada en el documento no existían en la cuenta contra que se libraba fondos suficientes en poder del librado para hacerlo efectivo".

(CDO. SEGUNDO) "A su vez esta Sala ha venido declarando, entre otras en la sentencia de 12-2-69, 11-12-70, la posibilidad de la coautoría en el delito objeto de enjuiciamiento, cuando hubiera connivencia con fines defraudatorios, entre el titular de la cuenta y otro que no lo fuese negando tal posibilidad de una plural intervención de los supuestos culpables".

(CDO. TERCERO) "...Cuando el cheque que no se entrega con fines defraudatorios por tratarse de delito exclusivamente formal o de mera actividad".

FECHA: 28-11-86 (N.R. 7846)

DOCTRINA: -No se considera delito cuando el CH es utilizado como

un instrumento de crédito al ser postdatado.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó a Carlos y Mercedes, como autores de un delito continuado de apropiación indebida, Carlos como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, a la pena de multa de 30.000 ptas. así mismo condenó a María como autora de un delito de cheque en descubierto a la pena de 50.000 ptas de multa.

El T.S. declara haber lugar al recurso y absuelve libremente a Carlos y Magdalena del delito de cheque en descubierto del que eran acusados.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Mariano Barbero Santos

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "En doctrina de esta Sala que el cheque deja de tener protección penal cuando, perdida su función propia, se usa con finalidad coactiva de garantía del pago ulterior sentencia del 4-3-85, como acaece cuando existe notable distancia temporal entre la fecha de emisión del cheque y la estampada en él, ya que de instrumento de pago pase a ser instrumento de crédito; la punición equivaldría a vivificar la senecida prisión por deudas (sentencias 8-1-84, 21-1 y 21-5-85)"

AÑO 1985FECHA: 21-01-85 (N.R. 334)

DOCTRINA: -El cheque postdatado no goza de protección penal.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

-Función económica del cheque.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó a J.A.M. como autor de un delito continuado de libramiento de talón sin fondos y de otro delito de apropiación indebida en la cuantía de 950.937 ptas. concurriendo en ambos la agravante de reincidencia, a las penas de cuatromeses y un día de arresto mayor por el primer delito y, a la de diez años y un día de presidio mayor por el segundo. El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de apropiación indebida de cuantía muy cualificada y de otro continuado de emisión de cheque en descubierto, sin circunstancia, a al pena de dos años de prisión menor por el primero, y a la de cuatro meses y un día de arresto mayor por el segundo.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "Que en efecto, en lagunas sentencias de este Tribunal, 22-6-76, 20-5 y 23-11-81, 23-11-82, 12-12-83, entre otras han declarado que, en aquellas hipótesis en las que, entre la fecha real de emisión o dación del cheque y la estampada en dicho título valor, existe considerable distancia temporal, la inaplicabilidad del art. 563 bis-b 1), es evidente, toda vez que, de una parte, en tales casos, la función económica del cheque no es otra que la de constituir un instrumento de pago inmediato y un equivalente del dinero, se subvierte convirtiéndose en un instrumento de crédito o de pago diferido, cumpliendo así una misión propia de la letra de cambio, e incumpliendo, al propio tiempo lo dispuesto en la legislación reguladora del impuesto del timbre, de otra, se contradice lo dispuesto en el art. 537 del Cód. de comercio, el que atribuye a dichos efectos, una vida asaz breve, y finalmente el dolo del agente -indispensable requisito puesto que el precepto estudiado no puede contemplarse totalmente desconectado del total ordenamiento penal español, inspirado y fundado en la reprochabilidad culpabilística y en la responsabilidad moral- se diluye y volatiliza, ya que, difícilmente quien emite un cheque postdatado puede representarse y conocer -elemento cognoscitivo del dolo- que, en la remota fecha de presentación y vencimiento- tan distante de la entrega real del cheque-, carecera de fondos suficientes en poder del librado, para que pueda ser atendido".

(CDO. CUARTO) "Esa distancia cronológica de solo 21 días, consonante con los actuales usos mercantiles, no supone la considerable postdatación que desnaturaliza al citado título valor y lo incapacita para su criminalización bajo los auspicios del art. 563 bis-b del Cód. penal".

FECHA: 14-03-85 (N.R. 3857)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-El cheque postdatado no goza de protección penal.

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad o formal.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de alzamiento de bienes del art. 519 del C.P. concurriendo la agravante de reincidencia a la pena de seis meses de arresto mayor con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena. El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que condena al procesado como autor de un delito de alzamiento de bienes, concurriendo la cualidad de comerciante y la agravante de reincidencia, todavía no revisada en su caso, a la pena de tres años de prisión menor, con la accesoria de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.

PONENTE: Excmo Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. CINCO) "Que, es evidentemente cierto que tras la reforma introducida en el art. 563 bis-b 1) del C.P. por la Ley del 15 de noviembre de 1971, se produjo en esta figura jurídica una trascendental modificación en cuanto que, acentuándose el carácter formal del delito, se vigorizaba la severidad de la ley en aras de una mayor seguridad del tráfico mercantil,.....lo que ya se persigue penalmente, es simplemente la firma y puesta en circulación del documento mercantil sin el correspondiente respaldo bancario,cuando el cheque se sale de su normalidad ha de desaparecer la protección penal del mismo si, perdida su función propia, solo se usa como promesa y garantía del pago ulterior, o incluso, con finalidad conminatoria y coactiva".

(CDO. SEXTO) "...Son de señalar dos puntualizaciones, la primera que la postdatación no es dato de exclusión de la antijuricidad, si de una razonable y breve postdatación se trata -sentencia 2-11-74- o de un breve lapso de tiempo -sentencia de 17-1-76-, y la segunda que cuando se inserta en el documento una fecha de vencimiento asaz diferente de la real de dación o emisión, cuando ostensiblemente se produce entre una y otra un

lapso de tiempo importante, cuestión esta que abría que calibrar en cada supuesto de caso concreto, entonces el eventual descubierto bancario no ha de ser objeto de sanción penal"..

FECHA: 15-03-85 (N.R. 1656)

DOCTRINA: -Distinción de la estafa

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de tres delitos de emisión de cheque en descubierto del art. 563 bis-b núm 1 del C.P. a la pena de dos meses de arresto mayor por cada delito. El T.S. declara no haber lugar al recurso

PONENTE: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotóns

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Que, en paretada síntesis se ha venido proclamando por la jurisprudencia que la estafa está constituida por la maquinación insidiosa que se proyecta en el engaño, con entidad suficiente que de modo precedente al hecho o a sus diversas formas comicivas, lleve al perjudicado a realizar un desplazamiento patrimonial en favor del culpable.

(CDO. SEGUNDO) "Así las cosas y conforme se deduce del resultando de hechos probados, quedaron fijadas por convenio de las partes el importe de las deudas o camntidades que tenían que ser reintegradas al empresario a cuyo efecto el procesado extendió tres talones.... y que no pudieron ser atendidos como medio de pago, por cuanto en las tres sucursales bancarias en que fueron presentadas y donde el procesado tenía abierta cuenta corriente, se carecía de la oportuna provisión de fondos, perfilándose asdi el delito de cheque en descubierto, que penaliza el núm 1) del art. 563 bis-b, y sobre cuya posibilidad o no de jugar la figura del delito continuado no puede entrarse en su enjuiciamiento al no haber sido cuestinado elproblema".

FECHA: 30-04-85 (N.R. 2153)

DOCTRINA: -Absorción por el delito de estafa.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del procesado contra la setencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por estafa y cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotóns

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "..No cabe considerar la existencia del delito de cheque en descubierto, si se considera que existe el de estafa, olvidando aquella experiencia práctica

plasmada en paradigma, de quien fértil y prestó es en la estafa incauto, es en la emisión de cheque en descubierto, pues no hay que olvidar que este último delito es independiente de la estafa previa cuando los hechos están completamente desconectados-sentencia 24-12-83-".

FECHA: 09-05-85 (N.R. 2460)

DOCTRINA: -El cheque postdatado no goza de protección penal.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de apropiación indebida en la cuantía de 13.640.566 ptas. y un delito de cheque en descubierto a las penas de seis años y un día de presidio mayor por el primer delito y a la de tres meses de arresto mayor por el segundo.

El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que condena al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida, por el importe citado, con la concurrencia, como muy cualificada, de agravante de especial gravedad de la cuantía defraudada, a la pena de cuatro años de prisión menor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Martín-Jesús Rodríguez López

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "El tipo penal del cheque en descubierto ha quedado configurado por la doctrina legal y científica, después de la reforma efectuado por ley de 15 de noviembre de 1971, por la exigencia de unos requisitos objetivos: librar cheque o talón en cuenta corriente, que lo sea con cualquier finalidad y que en la fecha consignada en el documento no exista a favor del librador disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo. A estos requisitos ha de añadirse otro de carácter subjetivo: el librador ha de conocer que al momento de presentar el cheque al pago no habrá fondos. Por otra parte ha puntualizado la jurisprudencia la naturaleza mercantil del cheque como instrumento de pronto pago, lo que ha precisado su protección penal. Cualquier emisión de cheque que no obedezca a tal naturaleza, y pretenda una concesión de crédito o garantía no merece aquella grave protección, como ocurre normalmente con los cheques postdatados con largo plazo para hacerlos efectivos."

FECHA: 21-05-85 (N.R. 2520)

DOCTRINA: -El cheque postdatado no goza de protección penal.

-Fundamento de la protección penal del cheque.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó a A.I.A. como autor de un delito de expedición de cheque en descubierto y otro de apropiación indebida, a la pena de tres meses de arresto mayor por el primero y de seis años y un día de presidio mayor por el segundo. El T.S. declara no haber lugar al recurso y dicta auto por el que revisa la sentencia recurrida y condena al procesado a la misma pena por el delito de cheque en descubierto y a la pena de tres años y seis meses de prisión menor por el delito de apropiación indebida.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. CUARTO) "...Tratándose no de un breve plazo de postdatación, deja de ser objeto de sanción penal al desplojarse de su función económico-jurídica de medio de pago -sustitutoria del pago en efectivo-, razón por la cual, y para la seguridad del tráfico mercantil, goza de protección penal, al convertirse artificialmente en una garantía de pago, convirtiéndose en un instrumento de crédito o de pago diferido, y llenando la función que genuinamente corresponde a la letra de cambio, con la ventaja de eludir el pago del impuesto correspondiente, y llegando a ser en la práctica más eficaz que cualquier otra garantía que pudiera otorgarse de naturaleza real o personal, al llevar aparejado consigo la amenaza penal inherente al supuesto delito si se dejara de abonar por falta de provisión de fondos en la fecha señalada o puesta en el mismo como de libramiento.."

FECHA: 11-07-85 (N.R. 4034)

DOCTRINA: -Fundamento de la protección penal del cheque.

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad o formal.

-El cheque postdatado no goza de protección penal.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por el delito de cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo Sr. D. José Augusto de Vega Ruiz

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Que la reforma operada en el art. 563 bis-b del Cód. a virtud de la Ley de 15 de noviembre

de 1971, fue motivada, tal se dijo ya en la sentencia de 3-11-84, porque la experiencia venía demostrando, desde la creación del delito de cheque sin fondos, en 24-1-63, la identificación del tipo con la distintas estafas, originaba en la práctica grandes dificultades, ya que no siempre el libramiento de aquel documento mercantil, sin provisión de fondos, tenía finalidad defraudatoria aunque en todo caso se comprometiera la seguridad del tráfico jurídico, razón por la cual pareció conveniente separar la emisión sin cobertura, como medio útil para el engaño, de un lado y la expedición del cheque que desprovisto del oportuno amparo bancario, no pretendía sin embargo defraudación de clase alguna.

(CDO. SEGUNDO) "...El formalismo absoluto que se imponía y afloraba del art. 563 bis-b, de tal manera, en la perenne lucha mantenida entre penalistas o interpretes restrictivos de la figura delictiva, y mercantilistas pendientes sobre todo de la mayor protección del tráfico y seguridad mercantil a costa de lo que fuera... a) que en principio el cheque ha de tener una finalidad de pago inmediato. b) que el cheque postdatado o antedatado no implica de por sí, necesariamente, la eliminación de la figura penal. c) que solo se hace inócuo el delito en aquellos casos en los que el documento bancario se entregue como un instrumento de crédito o como simple prueba de pago diferido. d) que la diferencia entre las fechas de entrega y la verdaderamente impuesta en el cheque no excluye la antijuricidad del tipo si de una razonable postdatación se trata, si un breve lapso de tiempo media entre una y otra. e) que cuando se inserta en el documento una fecha de vencimiento asaz diferente de la real de dación o emisión, con un periodo de tiempo ostensiblemente importante, cuestión a examinar en cada caso concreto, difícilmente aflora el delito en tanto que tales diferencias inducen a pensar racionalmente que la entrega del talón lo fue en desnaturalización de su auténtico contenido.."

FECHA: 12-07-85 (N.R. 4071)

DOCTRINA: -Función económica del cheque

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el acusado contra la sentencia de la Audiencia en Causa seguida al mismo por cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo Sr. D. Mariano Gómez de Liaño

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "En la interpretación de este precepto, la doctrina de esta Sala que es preciso o necesario que actúe como instrumento de pago, en cuanto que es la esencia del título del cheque o talón, con lo que si actúa como un instrumento de crédito o de garantía al desnaturalizarse la esencia del título, la figura delictiva no adquiere vivencia.."

FECHA: 01-10-85 (N.R. 4607)

DOCTRINA: -Distinción de la estafa

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar a los recursos interpuestos por las representaciones respectivas de la acusación particular Bco. X y del procesado Rafael, contra sentencia pronunciada por la Audiencia en causa seguida contra dicho procesado por los delitos de falsedad y estafa, y en la que se absolvió a los procesados Julian y Luis del delito de estafa que les imputó la acusación particular.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Bernardo F. Castro Pérez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. TERCERO) "Tampoco el libramiento de los referidos cheques sin provisión efectuados por los hermanos denunciados, puede ser estimado como el engaño constitutivo del pretendido delito de estafa tipificado en el art. 528 del C.P. e imputado a los mismos por el Banco recurrente, pues a la vista del conjunto de las pruebas practicadas en autos, resulta patente que la entrega de los mismos por parte de los mismos no iba dirigida a defraudar a nadie, sino a conformar a la dirección de dicho Banco que se los había pedido como documentos formales de cobertura, para adaptar la anómala situación en que se hallaban los préstamos, a lo ordenado por el Banco de España, que prohibía mantener los descuentos por más de 15 días y que los recurridos entregaron exclusivamente a tal fin, ya que la dirección del Guipuzcoano a través de sus inspecciones mensuales realizadas en la expresada sucursal tenía que saber perfectamente que tales talones se hallaban desprovistos de cobertura en la cuenta o cuentas contra las que aparecían girados, como pone de relieve el hecho de que hasta el final de tal relación o negocio nunca les fuese reclamado su importe, ni les fuera presentado extracto de cuentas, ni se les pidiera que transformasen tales descubiertos en una cuenta de crédito como sería lo normal, por lo que no puede afirmarse que dichos cheques produjeran o constituyeran el engaño implícito exigido en el núm 1 del art. 563 bis-b, del invocado Texto Legal, ni tampoco que hubieran provocado ningún acto de disposición patrimonial errónea que pudiera calificarse como estafa, lo que imposibilita la aceptación del motivo 3 r.."

FECHA: 21-10-85 (N.R. 5037)

DOCTRINA: -La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad o formal.

-Competencia entre Juzgados de Instrucción

RESUMEN: El T.S. resuelve la cuestión de competencia negativa suscitada entre el Sr. Juez de Instrucción de Colmenar Viejo y el Ilmo Sr. Magistrado Juez de Instrucción núm. 3 de León para

conocer del supuesto delito de cheque en descubierto imputado al procesado, a favor del último organismo jurisdiccional citado.

PONENTE: Excmo Sr. D. Luis Vivas Marzal

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Este Tribunal, a declarado, en los autos de 28-6, 8-11 y 13-12-68, 16 y 18-10-69, 6-5 y 18-6-70, 25-6 y 9 y 22-10-71 etc. que en los delitos de emisión de cheque en descubierto puesto que se trata de infracciones de mera actividad, cuya perfección o consumación o mejor aun, sus complementos de la acción se producen o concurren tan pronto, el agente da o entrega al tomador, el cheque, con la conciencia de carecer de fondos suficientes, en poder del librado, para que se atienda o haga efectivo en el momento de su presentación y vencimiento, a efecto del núm 2 del art. 14 L.E.Cr. -forum delicti comissi-, se entiende, por lugar donde el delito se ha cometido, aquel en el que el cheque se emitió o giró entregándolo el librador, una vez suscrito al tomador, y de ninguna manera, el de su presentación infructuosa.."

FECHA: 13-12-85 (N.R. 6260)

DOCTRINA: -Competencia entre Juzgados de Instrucción

RESUMEN: En la cuestión de competencia negativa entre los Juzgados de Instrucción núm. 3 de los de Valencia y el núm 22 de los de Madrid, para conocer de denuncia formulada por el supuesto delito de cheque en descubierto, la Sala la dirime en favor del Juzgado de Instrucción de Valencia.

PONENTE: Excmo Sr. D. Francisco Soto Nieto

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "Siendo determinante y absoluta la manifestación del primero, mientras la del segundo adolece de vaguedad, inseguridad, y hasta de sincero desconocimiento de importantes extremos por lo que, en principio, y a efectos de resolución de la cuestión de competencia ha de atenderse a la primera y estimar competente para el conocimiento del supuesto delito de cheque en descubierto al Juzgado de Instrucción núm 3 de Valencia, lugar en que, con la entrega del talón se perfeccionó el delito, atendiendo a la reglas consignadas en el art. 14 apart. 2 y 3 de la L.E.Cr.."

FECHA: 30-12-85 (N.R. 6466)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

-Distinción de la estafa.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de estafa de los arts. 529 núm. 1 y 528 núm 2 del C.P. a la pena de siete meses de presidio menor.

El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de estafa, sin circunstancias, a la pena de cuatro meses de arresto mayor.

PONENTE: Excmo Sr. D. José Hermenegildo Moya Ménguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Es doctrina consolidada y recientemente expresada en la sentencias de 13-5-82, 18-10 y 5-11-83 que la diferencia del delito de cheque en descubierto y la estafa radica en que el primero no exige el propósito de defraudar, sino tan solo la emisión o entrega del cheque o talón -cualquiera otra que sea la finalidad- con conciencia de carecer de fondos en poder del librado, generalmente referida a aquella entrega al pago de deudas preexistentes, y siendo la seguridad del tráfico mercantil el bien jurídico protegido mediante la incriminación de estas acciones, pero si la ficción o apariencia de solvencia que entraña la emisión de un cheque se enderaza, como medio o resorte estimulador, a viciar la voluntad o el consentimiento de otra persona que entrega una cosa o efectúa una prestación que de otra suerte no hubiera realizado, estableciéndose una relación de causalidad entre la emisión fraudulenta -talón o cheque en descubierto- y el desplazamiento patrimonial, entonces se muestra como evidente la finalidad defraudatoria y de lucro ilícito, advirtiéndose la existencia de engaño, y del acto dispositivo en perjuicio del sujeto pasivo que configuran a la estafa, la cual absorbe al delito contra la seguridad del tráfico mercantil..."

AÑO 1984FECHA 18-01-84 (N.R. 38)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

-Distinción entre cheques antedatados y postdatados.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó a L.M'L. como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, con la agravante de reincidencia, a la pena de cinco meses de arresto mayor. El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que absuelve al procesado.

PONENTE: Excmo. Sr. Juan Latour Brontóns

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "Que expuestos en estos términos, el problema es evidente que con la postdatación de cheque se comete una notoria irregularidad en la emisión y que viene a convertir este documento en un título de crédito semejante a la letra de cambio, desnaturalizando su esencia y la función mercantil que están llamados a cumplir".

(CDO. TERCERO) "Que, sin olvidar que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil y abundando en otro orden de ideas, no hay que olvidar que en el campo propio de la voluntariedad la exigencia del art. 1 de Cód. penal es de esencia en el delito que se estudia, en tanto en cuanto el librador, al emitir el cheque, ha de hacerlo con la voluntad y conciencia de la carencia de fondos en poder del librado al tiempo del vencimiento, con lo que la postdatación, cuando es a largo plazo, no está cumpliendo las funciones propias del cheque o talón y por ende, no merecen su protección punitiva en tales supuestos, so pena de desnaturalizar la cobertura sancionadora del núm. primero de art. 563 bis-b del Cód. penal.."

FECHA: 08-02-84 (N.R. 738)

DOCTRINA: -El cheque postdatado no goza de protección penal.

RESUMEN : El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de dos delitos de cheque en descubierto del art. 563 bis-b del C.P. con la agravante de reincidencia, a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor por cada delito.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "Es absolutamente preciso que haya sido entregado con la finalidad de pago que le es propia a la naturaleza de este documento mercantil, razón por la que no se puede apreciar la comusión de este delito, cuando el cheque haya sido entregado como un instrumento de crédito, o de pago diferido, desnaturalizando su propia naturaleza, insertando en él una fecha distinta de la del real libramiento, antedatándole o posdatándole.."

FECHA: 24-02-84 (N.R. 1175)

DOCTRINA: -El cheque postdatado no goza de protección penal.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el acusado contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito continuado de cheque en descubierto, a la pena de tres meses de arresto mayor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Bernardo Francisco Castro Pérez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. UNICO) "En aquellos casos en que la entrega de los cheques sin provisión, obedece a una operación de crédito concertada o concensuada entre el librador y tomador en función de crédito y garantía y no de inmediato pago, con fecha distinta, anterior o posterior, a la de su verdadero libramiento, se produce la desnaturalización del mencionado título que transforma a este en un instrumento de crédito o garantía con pago diferido, con lo que el posible dolo de engaño implícito en el art. 563 bis-b del C.P. desaparece, convirtiendo la conducta descrita en atípica penalmente.."

FECHA: 15-02-84 (N.R. 1132)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

-El cheque postdatado no goza de protección penal.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: Condenado como autor de un delito de cheque en descubierto con la agravante de multirreincidencia a la pena de multa de 201.000 ptas. recurrió en casación alegando infracción

del art. 563 bis-b núm. 1 del C.P. por aplicación indebida.

El T.S. declara no haber lugar al recurso y dicta auto en el que revisa el fallo de la sentencia recurrida en el sentido de apreciar sólo la reincidencia simple y reducir la pena de multa impuesta, a la cantidad de 150.000 ptas.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "a) El bien jurídico protegido es la circulación fiduciaria de este título, la seguridad, normalidad y estabilidad del tráfico mercantil. b) Son requisitos integrantes del delito de cheque en descubierto: 1) librar cheque o talón de cuenta corriente, 2) que lo sea con cualquier finalidad, 3) que en la fecha consignada en el documento, no exista en poder del librado disponibilidad de fondos bastantes, para hacerlo efectivo, 4) dada la actual redacción del Cód. penal, se añadiría una figura más del actual art. 563 bis-b, esto es, que el librador desconoce esta falta de provisión de fondos, pese a lo cual librare la orden de pago, que el cheque representa, de donde nace su cumplabilidad por dolo.

(CDO SEGUNDO) "Que frente a estas figuras normales, que integran el delito, se levantan las patológicas o anormales del cheque y que surgen: cuando el tomador conoce la falta de cobertura del cheque: pese a ello lo acepta como garantía de una deuda, ya que entonces solo se usa como promesa de pago ulterior. Ello supone que las partes a la antedatar o postdatar el cheque, insertando consciente y voluntariamente una fecha diferente a la del libramiento, convienen en desnaturalizar su esencia propia, convirtiéndole como antes se expresa en instrumento de crédito, propio de otros documentos mercantiles, como es el caso de la letra de cambio..."

FECHA: 27-02-84 (N.R. 1177)

DOCTRINA: -El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil.

RESUMEN: Condenado como autor de un delito de cheque en descubierto del art. 563 bis-b del C.P. concurriendo la agravante de reiteración, a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor, recurrió en casación alegando los motivos que se estudian en los siguientes considerandos.

PONENTE: Excmo Sr. D. Juan Latour Brotóns

FUNDAMENTOS DE DERECHO: - (CDO. PRIMERO) "Que, partiendo del supuesto de que el bien jurídico protegido en el cheque en descubierto es el tráfico mercantil, la doctrina de esta Sala ha

venido entendiendo que el delito tipificado en el núm 1) del art 563 bis-b, exige un elemento objetivo, consistente en la expedición o libramiento de cheque o talón de cuenta corriente sin disponibilidad de fondos bastantes en la fecha de expedición consignada o que habiéndose librado con provisión suficiente, fuesen retirados previamente por el librador para que no pueda ser atendido el pago al tiempo de presentación al cobro por el tomador..."

FECHA: 27-03-84 (N.R. 1863)

DOCTRINA: -Presupuesto de titularidad sobre cuenta propia.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al acusado como autor de un delito de estafa de los arts. 529 núm. 1 y 528 núm 4 y de otro de cheque en descubierto del art. 563 bis-b núm. 1 todos del C.P. concurriendo las agravantes de reiteración y reincidencia a la pena de cuatro meses y un día de arresto mayor

El T.S. declara haber lugar el recurso y dicta nueva sentencia en la que absuelve al procesado del delito de cheque en descubierto de que era acusado y le condena como autor de una falta de estafa, a la pena de veintidós días de arresto menor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotóns

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. QUINTO) "Según resulta de los propios términos en que se expresa el núm 1) del art. 563 bis-b del C.P., el librador del talón o cheque que después resulta impagado, ha de ser el propio titular de la cuenta corriente, sin que pueda albergarse en dicho tipo el cheque de talón falsificado, que en su caso, debió calificarse de falsedad del art. 303 del C.P., y sin que, en este trance exista posibilidad de de transmutar la figura del cheque en descubierto recogida en la sentencia de Instrancia a la falsedad indicada, porque conculcaría la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que solo puede transmutarse una calificación jurídica cuando se trate del mismo bien jurídico de una conducta homóloga y de pena inferior..."

FECHA: 06-04-84 (N.R. 2330)

DOCTRINA: -Absorción por la estafa.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia, entre otros pronunciamientos, estimó que los hechos probados eran constitutivos de un delito de estafa y de otro de cheque en descubierto del art. 563 bis-b, siendo aplicable el último párraf. del art. 71 ambos del C.P. concurriendo la agravante de reincidencia y condenó al procesado a la pena de un año de

presidio menor.

El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que entre otros pronunciamientos condena al procesado como autor de un delito de estafa en cuantía de 126.000 ptas. a la pena de cuatro meses de arresto mayor.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Bernardo Francisco Castro Pérez

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "No puede quedar duda que el engaño constitutivo de estafa que se le imputa fue la entrega en pago de dichos documentos, contra la cual el coche le fue proporcionado en propiedad, cheques sin provisión mediante cuyo giro el recurrente se atribuya engañosamente la existencia de dinero en su cuenta corriente, lo que constituye una de las formas de cometer estafa, según lo preceptuado en el número 1) del art. 529 del C.P., vigente en el momento de cometer el delito, por lo que dicha conducta ha de ser subsumida como elemento indispensable del delito de estafa tipificado en el mentado precepto, y no considerado como un delito independiente"

(CDO. SEGUNDO) "Que formulado el segundo motivo del mismo recurso, denunciando la indebida aplicación del párraf. tercero y la consecuente inaplicación del párraf. 2) del art. 71 del C.P. en concordancia con los arts. 304, 528-3 y 529 del mismo texto legal punitivo, no puede ser estimado puesto que la pena impuesta al concurso de ambos delitos resultaría más grave que la impuesta separadamente a cada uno de ellos".

FECHA: 26-04-84 (N.R. 2386)

DOCTRINA: -Posibilidad de la forma culposa del art. 563 bis-b

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado, contra la sentencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por el delito de cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Que el delito de cheque en descubierto se consuma por el hecho objetivo de que en la fecha consignada en el documento no existan en poder del librado fondos bastantes para hacerlo efectivo, si bien es cierto como se alega por el recurrente que en atención a la culpabilidad puede ser inculpinable a título de dolo o culpa, como acontece en el supuesto de que hubiese concurrido un error vencible, más para ello es preciso que hubiese quedado cumplidamente probada la existencia del error, cuya prueba corresponde a quien lo alega, ya que como es obvio no basta la simple alegación que no haya sido debidamente probada.."

FECHA: 14-05-84 (N.R. 2610)

DOCTRINA: -Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por la representación del procesado, contra la sentencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por delito de cheque en descubierto.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Hijas Palacios

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. CUARTO) "Del delito de cheque en descubierto, como conducta que consiste en la emisión de cheque o talón de cuenta corriente, con tres notas fundamentales: existencia o relleno del cheque, suscripción del mismo, y entrega del tomador; tal libramiento ha de obedecer a cualquier finalidad, que aunque no se consigna en el cheque y dada la amplitud de tal expresión, ha de ser lícita y específica de dicho título valor, adecuada a su naturaleza mercantil, y la función económica que se le asigna, pero primando ordinariamente el ser instrumento de pago; no ha de haber fondos en poder del librado en la fecha en que se data el documento, para hacer efectivo su importe, más un elemento sujeto hoy muy especial, dada la definición de delito del art. 1) cual es el conocimiento por parte del librador de esa falta o insuficiencia de medios que corre de la mano de manera manifiesta a la intención de burlar al tomador del mismo.."

FECHA 03-11-84 (N.R. 5427)

DOCTRINA: -Fundamento de la protección penal del cheque.

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia condenó al procesado como autor de tres delitos de cheque en descubierto del art. 563 bis-b del C.P. a la pena de tres meses de arresto mayor por cada uno de ellos. El T.S. declara haber lugar al recurso y dicta nueva sentencia en la que absuelve al procesado de los tres delitos de cheque sin provisión de fondos que era acusado.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Augusto de Vega y Ruiz

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. SEGUNDO) "La modificación introducida por la Ley de 15 de noviembre de 1971, fue motivada fundamentalmente porque la experiencia venía demostrando que

desde la creación de la figura penal en 24-1-63, la colocación sistemática del delito entre las defraudaciones producía enormes dificultades en la práctica ya que no siempre el libramiento de un cheque en descubierto tenía una finalidad defraudatoria, aunque no siempre, y en cualquier caso se comprometiera la seguridad del tráfico jurídico mercantil, por lo cual pareció conveniente serapar, por un lado, la emisión de cheques sin cobertura metálica que se emplea como medio engañoso y con finalidad defraudatoria, lo que desde luego no es el supuesto contemplado en la sentencia impugnada y por otro, el mismo libramiento cuando, sin aquella finalidad ataca la seguridad mercantil necesaria evidentemente para el desarrollo natural de la sociedad en general, siendo esta motivación la que llevó al legislador a la reforma apuntada para acentuar, el carácter formalista y objetivo de la infracción.."

(CDO. TERCERO) "En el núm 1) del art. 563 bis-b, la existencia de sendos elementos objetivo y subjetivo, el primero constituido por el hecho material de la expedición del documento bancario con cualquier finalidad y sin la disponibilidad de fondos bastantes en la fecha consignada en el propio talón, mientras el segundo viene predeterminado por el dolo específico inmerso en el conocimiento por parte del librador de la falta de provisión o de cobertura, dato este que, en su doble proyección como dolo o culpa, precisa de la necesaria probranza por habida cuenta no ya de la presunción de inocencia en el orden constitucional sino además la desaparición de la presunción de voluntariedad en las acciones u omisiones penales respecto del orden jurídico penal..."

FECHA: 21-11-84 (N.R. 5515)

DOCTRINA: -Fundamento de la función del cheque (medio de pago)

RESUMEN: El T.S. declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación del procesado contra la sentencia de la Audiencia en causa seguida al mismo por delito de estafa.

PONENTE: Excmo Sr. D. Manuel García Miguel

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Que, como es obvio, la función normal del cheque en el tráfico mercantil es la de servir de instrumento de pago, si bien puede quedar desnaturalizado y convertirse en un instrumento de crédito o garantía cuando así lo hubiesen convenido las partes o, sea, el librador y el tenedor, pero para acreditar tal pacto no basta como acertadamente dice en el primero de los considerandos de la sentencia recurrida, la mera antedetación o postatación del mismo..."

FECHA: 20-12-84 (N.R. 6594)

DOCTRINA: -Cuestión de competencia cheque por correo.

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa.

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad.

RESUMEN: En la cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Instrucción de Naval Moral de la Mata y el núm. 9 de Valencia para conocer de supuesto delito de cheque en descubierto sin fondos imputado al acusado, la Sala acuerda resolver la cuestión de competencia negativa, declarando competente al primer organismo jurisdiccional citado.

PONENTE: Excmo. Sr. D. Luis Vivas Marzal

FUNDAMENTOS DE DERECHO: (CDO. PRIMERO) "Puesto que se trata de infracciones de mera actividad, cuya perfección o consumación, o mejor aun, sus complementos de la acción, se producen o concurren tan pronto el agente da o entrega, al tomador, el cheque con la consciencia de carecer de fondos en poder del librado, para que se atienda o haga efectivo en el momento de su presentación y vencimiento, afecto del art. 2 del art. 14 de la L.E.Cr. - forum delicti commissi-, se entiende por lugar donde el delito se ha cometido aquel donde el cheque se emitió o giró, entregándolo el librador.

(CDO. SEGUNDO) "...Pero en vez de entregarse acto seguido al tomador, se remite a éste por correo, a demarcación judicial distinta, surgen problemas de si se entenderá entregado el cheque en el lugar de la expedición, o, antes al contrario, en el de la recepción, siendo competente en el primer caso el Juez del partido desde el que se remitió el chequ, y en el segundo el Juez del partido en el que se recibió; y como, el citado cheque, es un titulo valor eminentemente mercantil regulado en el Cód. de Comercio, se ha de estar a lo dispuesto, en el art. 54 del mismo, el cual, al adoptar para la determinación del momento en que se perfeccionan los contratos celebrados por correspondencia, la denominada teoría de la expedición, abona y respalda implícitamente la solución de entender entregado el cheque. no en el lugar de su recepción, sino en aquel desde que una vez rellenado y suscrito se remite por correo, solución esta última ya preonizada por este Tribunal en sentencias 7-11-68, 2-2-78, entre otros, en los que se declara que si, el cheque, se remite por medio de carta, es el lugar de la expedición y no el de la recepción, el prevalente..."

INDICE SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ART. 563 BIS-B C.P.

FECHA: 26-01-90 (N.R. 509)

- Elementos integrantes del art. 563 bis-b 1)
- Función del cheque

FECHA: 29-01-90 (N.R. 528)

- Función del cheque
- Discordancia con la Ley Cambiaria y del Cheque

FECHA: 07-02-90 (N.R. 1291)

- Cuestión de competencia, cheque por correo

FECHA: 16-03-90 (N.R. 2550)

- Competencia entre juzgados de instrucción
- El bien jurídico protegido es la seguridad de tráfico mercantil

FECHA: 16-04-90 (N.R. 3248)

- Nueva filosofía de la postdatación
- Antecedentes penales para la reincidencia

FECHA: 14-05-90 (N.R. 3921)

- Posibilidad de incriminar al administrador de una S.A.
- Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

FECHA: 14-09-90 (N.R. 6935)

- Justificación del porque de su responsabilidad civil
- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad
- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil

FECHA: 26-09-90 (N.R. 7272)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- Naturaleza de los títulos-valores

FECHA: 21-04-89 (N.R. 3487)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- Argumentación para distinguir el delito de cheque en descubierto del de la estafa

FECHA: 21-04-89 (N.R. 3497)

- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad
- Justificación del porque de su responsabilidad civil

FECHA: 16-05-89 (N.R. 4207)

- Competencia entre Juzgados de instrucción
- Tipo de naturaleza jurídica es la mera actividad

FECHA: 29-05-89 (N.R. 4268)

- Prescripción de la acción penal
- No se considera delito cuando el cheque es utilizado como un instrumento de crédito

FECHA: 24-11-89 (N.R. 8722)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- Argumentación para distinguir el delito de cheque en descubierto del de la estafa

FECHA: 07-12-89 (N.R. 9510)

- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad
- Distinción con la estafa

FECHA: 02-02-88 (N.R. 844)

- No se considera delito cuando el cheque es utilizado como un instrumento de crédito

FECHA: 09-04-88 (N.R. 2760)

- Competencia entre Juzgados de instrucción = la localidad donde los cheques fueron librados
- Bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil

FECHA: 03-05-88 (N.R. 3457)

- No se considera delito cuando el cheque es utilizado como un instrumento de crédito
- Bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico jurídico mercantil y la credibilidad del cheque
- Se considera que la forma tipificada en el art. 563 bis-b (1 es dolosa

FECHA: 24-10-88 (N.R. 8390)

- No se considera delito cuando el cheque es utilizado como un instrumento de crédito
- La estafa requiere que el engaño sea determinante del desplazamiento patrimonial

FECHA: 10-02-87 (N.R. 1226)

- Distinción con la estafa

FECHA: 30-04-87 (N.R. 3048)

- Los cheques postdatados no tienen protección penal

FECHA: 06-05-87 (N.R. 3013)

- Distinción con la estafa

FECHA: 25-06-87 (N.R. 5010)

- Competencia entre Juzgados de instrucción
- Posibilidad de inculpar al administrador de una S.L.

FECHA: 03-07-87 (N.R. 5155)

- Competencia entre Juzgados de instrucción
- Posibilidad de incriminar al administrador de una S.L.

FECHA: 15-09-87 (N.R. 6352)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- El cheque postdatado no goza de protección penal

FECHA: 07-10-87 (N.R. 7253)

- La Exposición de Motivos de la Ley 1971 en favor de la supresión de la forma culposa del art. 563 bis-b
- Posibilidad de apreciarse la reincidencia

FECHA: 25-11-87 (N.R. 8606)

- Los cheques postdatados no tienen la protección penal
- No es delito el cheque en función de garantía o crédito
- Distinción entre el error de tipo y el de prohibición

FECHA: 04-12-87 (N.R. 9543)

- El cheque postdatado no goza de protección penal
- Distinción con la estafa

FECHA: 24-01-86 (N.R. 179)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- Distinción con la estafa
- Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

FECHA: 01-03-86 (N.R. 1103)

- Competencia entre Juzgados de instrucción

FECHA: 25-3-86 (N.R. 1694)

- No se considera delito cuando el cheque es utilizado como un instrumento de crédito
- La estafa requiere que el engaño sea determinante del patrimonial

FECHA: 26-03-86 (N.R. 1697)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- El cheque postdatado no goza de protección penal

FECHA: 13-05-86 (N.R. 2460)

- Distinción con la estafa

FECHA: 09-06-86 (N.R. 3129)

- Competencia entre Juzgados de Instrucción

FECHA: 20-10-86 (N.R. 5709)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- Cuestión de competencia, cheque por correo
- Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa

FECHA: 29-10-86 (N.R. 5762)

- Presupuesto de titularidad sobre cuenta propia
- Posibilidad de incriminar al representante legal
- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad

FECHA: 28-11-86 (N.R. 3846)

- No se considera delito cuando el cheque es utilizado como un instrumento de crédito al ser postdatado

FECHA: 21-01-85 (N.R. 334)

- El cheque postdatado no goza de protección penal
- Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa
- Función económica del cheque

FECHA: 14-03-85 (N.R. 3857)

- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- El cheque postdatado no goza de protección penal
- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad o formal

FECHA: 15-03-85 (N.R. 1656)

- Distinción de la estafa

FECHA: 30-04-85 (N.R. 2153)

- Absorción por el delito de estafa

FECHA: 09-05-85 (N.R. 2460)

- El cheque postdatado no goza de protección penal
- Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

FECHA: 21-05-85 (N.R. 2520)

- El cheque postdatado no goza de protección penal
- Fundamento de la protección penal del cheque

FECHA: 11-07-85 (N.R. 4034)

- Fundamento de la protección penal del cheque
- El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad o formal
- El cheque postdatado no goza de protección penal

FECHA: 12-07-85 (N.R. 4071)

- Función económica del cheque

FECHA: 01-10-85 (N.R. 4607)

- Distinción de la estafa

FECHA: 21-10-85 (N.R. 5037)

- La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera

actividad o formal
-Competencia entre Juzgados de Instrucción

FECHA: 13-12-85 (N.R. 6260)

-Competencia entre Juzgados de Instrucción

FECHA: 30-12-85 (N.R. 6466)

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa
-Distinción de la estafa

FECHA: 18-01-84 (N.R. 38)

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa
-Distinción entre cheques antedatados y postdatados.

FECHA: 08-02-84 (N.R. 738)

-El cheque postdatado no goza de protección penal

FECHA: 15-02-84 (N.R. 1132)

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil
-El cheque postdatado no goza de protección penal
-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

FECHA: 24-02-84 (N.R. 1175)

-El cheque postdatado no goza de protección penal
-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) sólo abarca la forma dolosa

FECHA: 27-02-84 (N.R. 1177)

-El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil

FECHA: 27-3-84 (N.R. 1863)

-Presupuesto de titularidad sobre cuenta propia

FECHA: 06-04-84 (N.R. 2330)

-Absorción por la estafa

FECHA: 26-04-84 (N.R. 2386)

-Posibilidad de la forma culposa del art. 563 bis-b

FECHA: 14-05-84 (N.R. 2610)

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

FECHA: 03-11-84 (N.R. 5427)

-Fundamento de la protección penal del cheque
-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

FECHA: 21-11-84 (N.R. 5515)

-Fundamento de la función del cheque (medio de pago)

FECHA: 20-12-84 (N.R. 6594)

-Cuestión de competencia, cheque por correo

-Se reconoce que la tipicidad del apartado 1) solo abarca la forma dolosa

-La naturaleza jurídica del delito del art. 563 bis-b es de mera actividad

BIBLIOGRAFIA

ABARCA JUNCO, Paloma: "Derecho Internacional Privado", tema XXV, tomo II, UNED - Madrid.

ALBALADEJO, Manuel: "Curso de Derecho Civil", Libro II "De las Obligaciones", editorial Bosch.

ALONSO SAMA, Juan Antonio (y otros autores): "De la Letra de Cambio y del Cheque", editorial C.E.U. Ramón Areces.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1983, Ministerio de Justicia.

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1992, Ministerio de Justicia.

ANTON ONECA, José: "Derecho Penal", 2ª ed. corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, editorial Akal

ALVAREZ-URIA, Fernando: "Delitos de Cuello Blanco", edit. Bosch

ANUARIO de Derecho Penal y Ciencia Penales (años 1989 y 1990)

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Estafa y abuso de crédito". en revista jurídica la LEY, 1983.

BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Manual de Derecho Penal" (parte especial), Delitos Patrimoniales y económicos, editorial Ceura

BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial", editorial Civitas.

BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Marco Constitucional del Derecho Penal Económico", en Comentarios a la Legislación penal, Facult. Der.

BALDO DEL CASTAÑO, Vicente / CALAVIA MOLINERO, José: "El Cheque, estudio sistemático de la Ley Ch. de 16-07-85, editorial Praxis

BANESTO, Boletín de Información Financiera 1989; y sus

Representantes en Inglaterra, Alemania, Suiza, Francia, Japón y el Estado de Florida -USA.

BANKING SYSTEM IN JAPAN, capítulo IV, Sistema de Pagos, 1984

BOLETIN Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Proyecto de Ley 17-6-80, núm 107-II

BOLETIN Oficial de las Cortes Españolas, Diario de Sesiones del Pleno de 12 noviembre de 1971, núm. 9

BORRADOR DEL NUEVO COD. PENAL, Octubre 1990

BROSETA PONT, Manuel: "Derecho Mercantil", editorial Técno

BUSTOS RAMIREZ, Juan: "Manual de Derecho Penal" parte general, editorial Ariel.

BUSTOS RAMIREZ, Juan: "Manual de Derecho Penal" parte especial, editorial Ariel.

BUSTOS RAMIREZ, Juan / BOIX REIG, Javier: "Los Delitos contra la Hacienda Pública", editorial Técno.

CABALLERO EGEA, José Alfredo: "Derecho Penal. Problemática Judicial", editorial Aranzadi.

CANO RICO, José R.: "Manual Práctico de Contratación Mercantil", tomo I (con la colaboración de Ant. Serra Mallol), edit. Técno

CASAS BARQUERO, Enrique: "El Delito de Falsedad en Documento Privado", editorial Bosch.

CEREZO MIR, José: "Curso de Derecho Penal Español", parte general, editorial Técno.

COBO DEL ROSAL, Manuel: "La punibilidad en el Sistema de la Parte General del Derecho Penal Español, en estudios penales y criminológicos VI de Santiago de Compostela 1983.

COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás Salvador: "Derecho penal", parte general, editorial Tirant lo Blanch.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTON T.S.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, Juan Carlos: "Derecho Penal", parte especial, editorial Tirant lo Blanch.

CODIGO PENAL (Comentarios y Jurisprudencia) de MANZANARES SAMANIEGO, José Luis / ALBACAR LOPEZ, José Luis; edit. Comares

CODIGO PENAL, editorial Colex

CODIGO PENAL, editorial Cívitas

CODIGO CIVIL, editorial Colex

CODIGO DE COMERCIO Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA, edit. La Ley

CODIGO DE COMERCIO (y Leg. Mercantil Básica), editorial Trivium

CODIGO COMERCIAL UNIFORME (Uniform Commercial Code, commercial paper, USA. 1962

CORDOBA RODA, Juan: "La Acción como Presupuesto del Delito", revista jurídica de Cataluña, II 1989

CORDOBA RODA, Juan: "Culpabilidad y Pena", editorial Bosch.

CORTES DOMINGUEZ, Valentín (y otros autores): "Derecho Procesal Civil", Tomo I (Vol. II), editorial Tirant lo Blanch.

CUELLO CALON, Eugenio: "La Protección Penal del Cheque", editorial Bosch.

CUELLO CALON, Eugenio: "Derecho Penal", (revisado y actualizado por Cesar Camargo Hernández) Tomo II, parte especial, ed. Bosch

DIAZ PALOS, Fernando: "Cheque" (protección penal), en Nueva

Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo VI.

DICTIONARY OF BANKING, Inglaterra 1987

DIEGO HERNANDEZ, Juan: "Nueva Ley de la Letra de Cambio y el Cheque", editorial Técnos.

DIEZ SANCHEZ, Juan José: "El Derecho Penal Internacional", editorial Colex.

ECO, Umberto: "Como se hace una Tesis", editorial Gedisa.

FERNANDEZ ALBOR, Agustín: "Estudios sobre Criminalidad Económica", editorial Bosch.

GARRIGUES, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil", Tomo II, editorial Imprenta Aguirre.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "Autor y Cómplice", editorial

GOMEZ DE LIAÑO Y GONZALEZ, Fernando: "El Juicio Ejecutivo Cambiario", Gráficas Cervantes S.A.

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José: "El cheque, su aspecto Mercantil y Bancario, su Tutela Penal", editorial Porrúa.

GRACIA MARTIN, Luis: "El Actuar en lugar de otro en Derecho Penal", en Responsabilidad de Directivos, Organos y Representantes de una Persona Jurídica, editorial Bosch.

GUNTER ASHAUER: "Wechsel - und Schekrecht" (Alemania 1987)

JESCHECK, Hans Heinrich: "Tratado de Derecho Penal", parte general, vol. I, (traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), editorial Bosch.

JOVE JANE, Jordi: "La Necesaria Supresión del Delito de Cheque en Descubierto, en Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, Tomo I, editorial Bosch.

LOPEZ CALERA, Nicolás M.: "Derecho Natural", edita UNED.

LLOBELL MUEDRA, Joaquín: "El Delito de cheque en Descubierto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en revista de Derecho Mercantil, II, 1968, núms. 109-110.

MAJADA, Arturo: "Cheques y Talonarios de cuenta Corriente, en sus Aspectos Bancario, Mercantil y Penal", editorial Bosch.

MEMORIAS DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (Años 1969 á 1989)

MOHRING PH. / RITTERSHAUSEN HCH. "Wechsel ~ un Scheckgesetz" (en la Introducción) Alemania.

MIR PUIG, Santiago: "Derecho Penal", parte general, editorial PPU Barcelona.

MIR PUIG, Santiago: "Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho", editorial Bosch.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción al Derecho Penal", editorial Bosch S.A.

MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal", parte general, ed. Bosch

NOTICAS DEL COMERCIO, Cámara de Comercio Hispano-Suiza núm. 7/89

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: "Función y Límite de la exclusiva protección de Bienes Jurídicos", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, enero-abril 1990.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana: "Derecho Penal", parte general, editorial R. Castellanos.

PEDRAZZI CESARE: "El Bien Jurídico en los Delitos Económicos", en la Obra "La Reforma Penal / Delitos Socioeconómicos" de BARBERO SANTOS, editorial Dykinson.

PECES BARBA, Gregorio: "Los Valores Superiores", edit. Tecnos.

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL 1980, Minist. Justicia

QUINTANO RIPOLES, Antonio: "Tratado de la parte especial del Derecho penal", tomo II (actualizada por Carlos García Valdés), editorial Revista de Derecho Privado.

QUINTANO RIPOLES, Antonio: "En torno al Cheque sin Fondos", en Revista de Derecho Privado, 1960.

QUINTANO RIPOLES, Antonio: "De nuevo sobre el Cheque en Descubierto", en Revista de Derecho Privado, 1964.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Derecho Penal", parte general, editorial Gráficas Signo.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "El nuevo delito de cheque en descubierto del Cód. penal", en Separata de Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1972.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "El Alzamiento de Bienes", ed. Práxis

QUERALT, Joan J.: "Derecho Penal Español", parte especial, volumen I, editorial Bosch.

RAMOS MENDEZ, Francisco: "El Proceso Penal", editorial Bosch.

REPERTORIO DE JURISPRUDENCIA: Años 1984 á 1990, editorial Aranzadi.

RIGHI, Esteban: "Derecho Penal Económico comparado", editorial Revista de Derecho Privado.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: "Derecho Penal Español", parte general, (revisado por Alf. Serrano), editorial Dykinson.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: "Derecho Penal Español", parte especial, (revisado por Alf. Serrano), editorial Dykinson.

ROMANO, David: "Elementos y Técnica del Trabajo Científico",

editorial Teide.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: "Derecho Penal", parte general, editorial Civitas.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis: "Compendio de Derecho Penal, parte especial, editorial Trivium.

RUIZ VADILLO, Enrique: "Algunas consideraciones sobre el nuevo delito de emisión de cheque en Descubierto", en Revista General de Derecho, núm. 332, año 1972.

RUIZ VADILLO, Enrique: "El Delito de emisión del Cheque en Descubierto en la Práctica Judicial", Ministerio de Justicia GPyP

SAINZ CANTERO, José A.: "Lecciones de Derecho Penal", parte general, Tomo I, editorial Bosch.

SAINZ CANTERO, José A.: "Lecciones de Derecho Penal", parte general, Tomo II, editorial Bosch.

SAINZ CANTERO, José A.: "Lecciones de Derecho Penal", parte general, Tomo III, editorial Bosch.

SAINZ-PARDO CASANOVA, José A.: "El Delito de Apropiación Indebida", editorial Bosch.

SELECCION DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA 2), Años 1983 á 1988, Ministerio de Justicia.

SEGURA SAENZ, Pedro: "Diccionario de Derecho", editorial

SERRANO GOMEZ, Alfonso: "La Edad Penal", revista Política Española 5/1969.

SERRANO GOMEZ, Alfonso: "Enfermedad Mental y T.M.T., en el Boletín de la UNED, 1980

SERRANO GOMEZ, Alfonso: "Casos Prácticos de Derecho Penal",

editorial Dykinson.

SERRANO GOMEZ, Alfonso: "El Costo del Delito y sus Victimas en España", edita UNED.

STAMPA BRAUN, José María / BACIGALUPO, Enrique: "La reforma del Derecho Penal económico español", Instit. de Estudios Económicos

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "El Cheque en Descubierto", editorial Ariel.

URIO, Rodrigo: "Derecho Mercantil", editorial Aguirre.

VALLE MURIZ, José Manuel: "El Delito de Estafa" (Delimitación jurídico-penal con el fraude civil), editorial Bosch.

VICENT CHULIA, Francisco: "Compendio Crítico de Derecho Mercantil", tomo II, Jose Maria Bosch editor.

VIVES ANTON, Tomás Salvador (y otros autores): "Derecho Penal", parte especial, editorial Tirant Lo Blanch.

VIVES ANTON, Tomás Salvador (y otros autores): "La Reforma Penal de 1989", editorial Tirant lo Blanch.

WITKER, Jorge: "Como Elaborar una Tesis en Derecho", editorial Civitas.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: "Delitos contra la Propiedad y el Patrimonio", editorial Akal / Iure.

INDEX

INTRODUCCION**CAPITULO PRIMERO**

<u>CUESTIONES PRELIMINARES</u>	1
I) METODO DE INVESTIGACION	2
1) Método para estudios de Derecho Penal	7
2) Método para estudios de Criminología	10
3) Conclusiones	12
II) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL ART 563 BIS-B	14
1) Principio de Legalidad	15
a) La seguridad jurídica	17
b) La jerarquía normativa	18
c) El principio "ne bis in idem"	19
2) Ius Puniendi	20
a) Principio de intervención mínima	21
b) Principio de proporcionalidad	22
c) Principio de igualdad	23
d) La presunción de inocencia	24

CAPITULO SEGUNDO

<u>EL CHEQUE</u>	27
I) SU FUNDAMENTO JURIDICO MERCANTIL	27
1) Concepto y Naturaleza del Cheque	28
II) SU FUNCION ECONOMICA	33
III) LA LEY CAMBIARIA Y DEL CHEQUE DEL 16-7-85	35

1) Antecedentes Históricos	37
2) Cheques Especiales que Regula	40
a) Cheque cruzado	40
b) Cheque para abonar en cuenta	41
c) Cheque certificado	41
d) Cheque incompleto	44
IV) REQUISITOS LEGALES DEL CHEQUE	44
1) Formales	45
a) Del documento y la obligación cambiaria	45
b) De los elementos personales	45
2) Materiales	46
a) La provisión de fondos	46
b) Contrato de cheque	49
VI) ALGUNOS DE SUS ASPECTOS BANCARIOS Y TRIBUTARIOS	50
1) La Presentación	50
a) Cheque conformado telefonicamente	52
b) Truncamiento	54
2) El Impago	56
a) El protesto	58
b) La eficacia de los timbres	61

CAPITULO TERCERO

<u>EL DELITO DE CHEQUE EN DESCUBIERTO</u>	64
I) SU FUNDAMENTO JURIDICO PENAL	66
1) Antecedentes del Cheque como Delito en nuestra Legislación	69
2) El Actual Delito del Art. 563 bis-b del Código Penal	72
II) EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO	74
1) Teorías Doctrinales sobre Concepto de Bien Jurídico	75
2) Su Función	79

3) Evolución del Bien Jurídico Protegido en el Cheque .	83
4) Diferentes Criterios del Bien Jurídico del art. 563 bis-b	88
a) Según la Doctrina	90
b) Según la Jurisprudencia	94
III) LA SEGURIDAD DEL TRAFICO MERCANTIL	97
1) Contenido del Concepto	98
2) Otros Títulos-Valores posibles Beneficiarios	101
a) Letras de cambio	102
b) Pagarés	104
3) Conclusiones	107
IV) APTITUD DE OTROS BIENES JURIDICOS PARA PROTEGER AL CHEQUE	109
1) El Patrimonio	109
a) Conceptos	111
2) La Fe Pública	113

CAPITULO CUARTO

<u>JUICIO DE ANTIJURICIDAD</u>	119
I) FUNCION DEL TIPO DE INJUSTO	121
1) Su Relación con la Antijuricidad	123
II) LOS SUJETOS: PASIVO Y ACTIVO	125
III) CONDUCTAS TIPIFICADAS EN EL ART. 563 BIS-B	128
1) Párrafo Primero	129
a) La acción de librar un cheque	129
b) Con cualquier finalidad	130
c) En la fecha consignada	131
c,1) Postdatados	132
c,2) Antedatados	134
d) Sin disponibilidad de fondos bastantes	135
d,1) Plazo de pago	138

d,2) Provisión parcial	139
2) Párrafo Segundo	140
a) Cheque preexistente con provisión	140
b) Acción de retirar los fondos impidiendo su pago	143
3) Párrafo Tercero	145
a) La acción de negociar	145
b) El Tomador	145
c) Que lo entregare a otro	146
d) A sabiendas de su falta de cobertura	148
IV) CLASE DE TIPO	149
1) Análisis de su naturaleza jurídica	151
V) EXCLUSION DE LA TIPICIDAD EN RELACION CON EL ART. 563 BIS-B	154
1) Ausencia del Tipo de Injusto	154
2) La Falta de algún Elemento del Tipo	155
a) Ausencia de acción	155
b) Ausencia o interrupción del nexo causal	159
3) Acciones Socialmente Adecuadas	161
VI) CAUSAS DE JUSTIFICACION DE AUSENCIA DE LA ANTIJURICIDAD	163
1) Consentimiento del Sujeto Pasivo	164
2) Causas de Interés Preponderantes	166

CAPITULO QUINTO

<u>JUICIO DE CULPABILIDAD</u>	172
I) LA IMPUTABILIDAD DEL DELITO	175
1) Supuestos de Inimputabilidad	177
II) ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL ART. 563 BIS-B	182
1) El Dolo	184

a) Su Contenido en el Cheque en Descubierto	186
a,1) Párrafo primero	187
a,2) Párrafo segundo	188
a,3) Párrafo tercero	189
2) La Culpa	190
a) Su contenido en el Cheque en Descubierto	193
a,1) Infracción del Deber de Cuidado	196
a,2) Imputación del Resultado	199
3) Formas Mixtas de Culpabilidad	201
III) LA EXIGIBILIDAD	203
1) La Exigibilidad en las Acciones Tipificadas en el art. 563 bis-b	206
a) Cuidado Interno	206
b) Cuidado Externo	207
2) Supuestos de Inexigibilidad	214
IV) SUPUESTOS DE AUSENCIA DE FORMAS DE CULPABILIDAD	217
1) El Error	217
2) El Caso Fortuito	221
3) Razones Subjetivas destructoras de la Culpabilidad en el Delito del Cheque en Descubierto	223
4) La Necesaria Supresión de la Incriminación Culposa del art. 563 bis-b	225

CAPITULO SEXTO

<u>MODOS Y FORMAS DE APARICION DEL DELITO EN EL ART. 563 BIS-B</u>	236
I) MODOS DE REALIZACION	237
1) La fase Interna en General	237
2) La fase Externa en el Delito del art. 563 bis-b	238
a) Ejecución imperfecta	241
b) Ejecución perfecta	244

II) FORMAS DE INTERVENCION	245
1) Los Autores	246
2) Los Cómplices	251
3) Los Encubridores	252
III) TIEMPO Y LUGAR DEL DELITO	254
1) Teorías Doctrinales por razón del Tiempo	254
2) Su Competencia Jurisdiccional por razón del Lugar	257
a) Determinación del ámbito espacial	259
IV) CONCURSO DE DELITOS APLICADO AL CHEQUE EN DESCUBIERTO	264
1) Remisión a otro Delito más Grave	270
a) La Estafa	272
b) La Falsificación	280
c) La Apropiación Indebida	288

CAPITULO VII

<u>LA PUNIBILIDAD DEL CHEQUE EN DESCUBIERTO</u>	293
I) EVOLUCION DE SU PENALIZACION	294
1) Diferentes Tipos de Penas habidas en España	295
2) Estadística Criminológica del Cheque en Descubierto	300
II) AUSENCIA DE REGULACION COMO FALTA	304
1) Su Problemática	307
III) CAUSAS DE EXCLUSION DE LA PUNIBILIDAD	309
1) Inmunidades	310
2) La Excusa Absolutoria del art. 563 bis-b	311
IV) DETERMINACION DE LA PENA DEL ART. 563 BIS-B	320

1) Arresto Mayor o Multa	324
V) OTRAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO	326
1) La Responsabilidad Civil en el Cheque en Descubierto	326
a) Criterio jurisprudencial en su aplicación	330
2) La Prescripción en este Delito	334

CAPITULO OCTAVO

<u>CUESTIONES DE POLITICA CRIMINAL SOBRE CHEQUE EN DESCUBIERTO</u>	337
I) PROYECTOS DE REFORMA SOBRE LA PENALIZACION DEL CHEQUE	337
1) Proyecto de Código Penal de 1.980	337
2) Anteproyecto de Código Penal de 1.983	342
3) Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1.992	346
II) ACCIONES CIVILES EN NUESTRA LEGISLACION POR SU IMPAGO	347
1) Acción Cambiaria de Regreso	347
2) Acciones Extracambiarias	351
a) La causal	351
b) El enriquecimiento injusto	353
3) Nueva Filosofía Bancaria	354
III) REGULACION NO PENAL EN OTRAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS	358
1) En Inglaterra	360
2) En Alemania	363
3) En Suiza	366
4) En Francia	370
5) En Japón	374
6) En Estados Unidos	378

CAPITULO NOVENO

<u>REGULACION ALTERNATIVA O SUPRESION DEL ART. 563 BIS-B</u>	383
I) CONCLUSIONES DE CADA EPIGRAFE TRATADO	384
II) CONCLUSIONES FINALES DE LA TESIS	407
III) PROPUESTA DE REFORMA SOBRE EL TEMA	416
1) Texto alternativo que se propone	418
2) Fundamentación de la propuesta	419

JURISPRUDENCIA

<u>DESDE 1990 A 1984</u>	424
INDICE SOBRE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL ART. 563 BIS-B.	465

BIBLIOGRAFIA

POR ORDEN ALFABETICO	471
----------------------	-----

INDICE